

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

Les Droits de la Mère sur ses Enfants dans le Droit français contemporain

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 6 février 1913, à 3 heures.

PAR

René LEFEUVRE

Président : M. E. CHÉNON.

Suffragants : { MM. ESMEIN, *Professeur*,
 MASSIGLI, *Professeur*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1913



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.**

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

Les Droits de la Mère sur ses Enfants dans le Droit français contemporain

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 6 février 1913, à 3 heures

PAR

René LEFEUVRE



Président : M. E. CHÉNON.

*Suffragants : { MM. ESMEIN, Professeur,
 MASSIGLI, Professeur*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1913

INTRODUCTION

APERÇU HISTORIQUE

A Rome, la « patria potestas » était exercée par le père seul. La mère, si elle était « in manu », était considérée comme la fille de son mari, et, par conséquent, était à l'égard des enfants « loco sororis. » Elle ne pouvait donc avoir aucune autorité sur eux. La qualité d'agnate de ses enfants lui donnait seulement sur les biens de ceux-ci le droit de succession qui existe entre frères et sœurs. Mais sur leur personne, nul pouvoir ; à la mort de son mari, elle ne pouvait devenir leur tutrice ; c'était, au contraire, elle qui passait sous la tutelle de son fils aîné. Enfin, la parenté qui unissait la mère à ses enfants étant fondée sur la puissance et non sur le lien du sang, disparaissait dès lors que le lien de puissance était rompu, par exemple par le divorce ou par l'émancipation de l'enfant ou son adoption par un tiers.

Lorsque la mère était mariée sans manus, elle restait complètement étrangère à ses enfants, et n'avait à leur égard ni droits, ni devoirs.

Mais les choses furent progressivement modifiées quand

on reconnut la parenté du sang comme source de droits et de devoirs. Un droit de succession basé sur le lien du sang fut admis entre la mère et ses enfants dans un rang toujours plus favorable. L'édit du préteur accorda à la mère un droit de succession sur les biens de son enfant, la « *bonorum possessio unde cognati*. » Le sénatus-consulte Tertullien (117-138), puis les Constitutions impériales étendirent encore ce droit de succession. La nouvelle 118 de l'an 543 appelait la mère à défaut de descendants. Les femmes furent aussi, sous l'Empire, appelées à la tutelle de leurs enfants (C. 5, 35, *Quando mulier*, 2). A cette époque, le simple lien du sang fut reconnu comme suffisant pour donner à la mère toute une série de droits : celui de réclamer des aliments à l'enfant (Ulpien, D., 25, 3, *De agn. lib.*, 5, 2), celui de se faire attribuer la garde des enfants impubères placés sous la tutelle d'un tiers (Alexandre Sévère, C., 5, 49, *Ubi pupill. educ.*, 1), ou même, par exemple, au cas de divorce, sous la puissance du mari (Ulpien, D., 43, 30, *De lib. exh.*, 3, 5 ; Justinien, nov. 117, C., 7). Mais là s'arrêtèrent ses prérogatives. Jamais on ne lui demanda de consentir au mariage ou à l'adoption de ses enfants.

Si nous nous tournons maintenant vers cette autre source de notre droit que sont les lois des Germains, il nous est assez difficile de nous faire une idée exacte de la situation juridique de la mère.

Chez les Germains venus en Gaule, c'est le principe général de *cognatio* qui domine. Les enfants sont sous

l'autorité, sous le « mundium » exclusif de leur père, mais rien ne nous permet de dire que l'autorité domestique fut inconnue pour la mère. « Elle s'effaçait sans doute derrière son mari, dans un ménage uni, dit M. Lefebvre (*Droit matr. français. Intr. gén.*, p. 319), mais je demeure convaincu qu'elle avait l'autorité domestique comme la tutelle après la mort du mari, et qu'elle pouvait même y prétendre parfois en cas de rupture conjugale. Les lois burgonde et wisigothe laissent entendre tout cela. » Il est vraisemblable que les mœurs faisaient partager à la mère l'autorité paternelle, mais en droit, on ne peut rien affirmer. « La mère avait son autorité à elle, ainsi que la nature la lui confère. Et si le mari venait à être absent, malade, empêché, c'était la mère qui exerçait alors, momentanément, mais de sa propre autorité, tout le pouvoir domestique, avant de prendre à la mort de son mari une vraie tutelle de droit » (Lefebvre, *op. cit.*).

Dans l'ancien droit français, la mère a, comme le père, « le droit de gouverner avec autorité la personne et les biens de ses enfants, jusqu'à ce qu'ils soient en âge de se gouverner eux-mêmes et leurs biens » (Pothier, *Des personnes*, titre VI). La mère a le droit d'exiger certains devoirs de respect et d'obéissance.

Mais l'exercice de l'autorité paternelle appartenait au père seul, et la mère ne l'exerçait qu'à défaut du père, « c'est-à-dire après sa mort ou dans le cas auquel, pour sa démence ou son absence, il ne pourrait pas l'exercer. Hors ces cas, la puissance de la mère est exclue par celle du

père, la mère étant elle-même sous la puissance de son mari, sans lequel elle ne peut rien faire ; elle n'en peut exercer aucune sur ses enfants, si ce n'est du consentement et sous le bon plaisir de son mari » (Pothier, *loc. cit.*). Mais l'autorité paternelle, lorsqu'elle était exercée par la mère, était soumise à certaines restrictions, ainsi le droit de correction ne pouvait être exercé par la mère qu'avec la permission des juges. A la mort du père, la mère avait la tutelle de ses enfants mineurs, mais si elle se remariait, elle devait provoquer la nomination d'un autre tuteur (Guy Coquille, chap. XXX, N° 7).

La coutume de Paris appelait la mère au même titre que le père à la succession des meubles et acquêts de ses enfants morts sans descendants. La mère était également appelée, à défaut de descendants, à la succession des propres maternels, mais non des propres paternels. Toutefois, elle était également appelée à recueillir ces derniers biens s'il ne restait aucun héritier dans la ligne paternelle. Enfin, elle avait un droit d'usufruit sur les conquêts faits par elle et son mari durant leur communauté, et qui, par suite du décès du père, devenaient propres paternels en la personne des enfants.

Nous allons étudier maintenant les droits de la mère dans le droit français contemporain.

L'étendue de ces droits varie avec la condition juridique de la mère, or, une mère peut être mariée, veuve, divorcée, ou encore n'avoir jamais été engagée dans les liens du mariage ; nous envisagerons donc successivement ces diverses situations.

CHAPITRE PREMIER

DROITS DE LA MÈRE SUR SES ENFANTS DURANT LE MARIAGE

Aux termes de l'article 372 du Code civil, la puissance paternelle est commune au père et à la mère. Il n'en est pas de même de l'exercice de cette puissance qui appartient au père seul durant le mariage, l'article 373 le dit formellement. « Cette prépondérance du père était nécessaire, dit M. Planiol, il fallait faire trancher les questions quotidiennes qui s'élèvent, par une autorité capable de décider vite ; le père seul remplissait cette condition, car on ne pouvait songer à donner la prépondérance à la mère. » Le mari est, en effet, le chef de la famille, il a une puissance sur son épouse, à plus forte raison devait-il l'avoir sur ses enfants. L'article 373 s'explique par la règle de l'article 213.

La puissance paternelle est d'ordre public et, par suite, il ne peut valablement intervenir entre les père et mère, des conventions qui modifieraient les droits de celui-là. C'est ainsi que la plupart des auteurs et la jurisprudence considèrent comme nulle la clause insérée dans un contrat de mariage, stipulant que les enfants seraient élevés dans

la religion de la femme et non dans celle du mari (Guil-louard, *Contrat de mariage*, t. I, N° 113). Pour justifier cette décision, on invoque l'article 373 du Code civil, qui attribue au père seul le droit exclusif de direction, et l'article 1388 du Code civil, qui déclare nulle toute clause par laquelle il est dérogé aux droits du mari sur la personne et les biens des enfants. Demolombe estime, en outre, que l'exécution d'une pareille clause serait impossible. « Le moyen, dit-il, d'empêcher le père d'élever son enfant dans la religion qui lui paraît être la meilleure et la plus vraie. On n'y réussirait qu'en lui enlevant absolument la garde et la direction de cet enfant, c'est-à-dire qu'en le privant de toute autorité paternelle » (Demolombe, t. VI, N° 295).

L'opinion contraire est cependant soutenue par quelques auteurs. « Le père, dit M. Planiol, n'a pas aliéné sa puissance, il ne l'a pas davantage abdiquée ; il en a usé en déterminant quelle sera la religion des enfants. Le contrat de mariage est la charte de la famille, et on ne voit pas quel avantage il y aurait à autoriser la violation de cette sorte d'engagements. La stabilité de ces conventions est désirable, c'est le seul moyen de maintenir la concorde dans les mariages mixtes, et l'article 1838 n'est pas violé puisque la décision est prise par le mari et non par la femme. »

D'après Rodière et Pont, l'article 203 du Code civil n'impose pas au mari seul l'obligation d'élever les enfants, et la mère, qui n'est pas étrangère à l'obligation, ne doit

pas l'être non plus au droit qui en est le corrélatif nécessaire. Quant à l'obéissance que la femme doit au mari, elle ne saurait préjudicier à ses devoirs de conscience. Et en cas de dissentiment, ils proposent de faire régler la question par les tribunaux. L'intervention de la justice dans ces sortes de différends nous semble peu désirable. Quelle compétence les tribunaux ont-ils pour décider de la religion des enfants ?

L'argument de M. Planiol nous semble très juridique, mais il se heurte à l'objection de fait présentée par Demolombe. Aussi croyons-nous préférable de nous rallier à l'opinion de la jurisprudence. Il vaut mieux qu'avant de se marier, les jeunes filles sachent qu'elles devront compter uniquement sur la bonne foi et les sentiments d'honneur de leur mari, peut-être s'attacheront-elles à mieux connaître l'homme auquel elles se proposent de lier leur vie, et auront-elles, par suite, moins l'occasion de recourir au divorce.

Mais si l'article 373 accorde au père seul, comme nous venons de le voir, l'exercice de la puissance paternelle, il n'en reste pas moins vrai que l'autorité est commune aux deux parents. Il découle de ce principe différents droits pour la mère, que nous allons examiner.

Droit d'éducation. — Dans les situations normales, l'enfant est placé, dans ses premières années, sous la domination presque absolue de sa mère et l'autorité du père n'a pas l'occasion de se faire sentir. Plus tard encore, l'enfant reste sous la surveillance de sa mère pour son éducation et

son instruction, car la loi n'a pas entendu dégager la mère des devoirs que la nature lui impose. Dans les ménages unis, les père et mère se consultent sur le choix de l'instruction à donner à l'enfant, de l'établissement scolaire dans lequel on le placera, du métier auquel on le destinera, et bien souvent l'avis de la mère emporte la décision. « Ce que femme veut, Dieu le veut », dit un vieux dicton. Mais il arrive aussi que le père a sur l'éducation de son enfant des idées très arrêtées, auxquelles il ne veut pas renoncer, bien que la femme ne les partage point et les trouve même contraires au véritable intérêt de l'enfant, et ce, non sans raison. Dans ce cas, la mère devra se soumettre, son autorité s'efface derrière celle du père en vertu de l'article 373.

On s'est demandé si elle ne pouvait pas alors solliciter l'intervention de la justice, soit en qualité de subrogée-tutrice de l'enfant, soit comme créancière personnelle du mari, en vertu de l'article 203 du Code civil. Mais comment la considérer comme subrogée-tutrice puisqu'il n'y a pas de tutelle ? Il y aurait, en outre, violation de l'article 213, car si le législateur compte sur l'influence de la mère pour tempérer l'autorité du père, elle doit, sans conteste, comme femme mariée, obéissance à son mari sur les actes duquel la loi ne lui octroie aucun pouvoir effectif de surveillance. On ne peut davantage la considérer comme créancière, car pour cela il faudrait dans l'article 203 entendre les mots « contracter ensemble » comme signifiant prendre l'un envers l'autre, alors que le sens des expres-

sions semblent plutôt indiquer une obligation prise par les deux époux au même titre. Enfin, en principe, et sauf disposition formelle de la loi, un intérêt pécuniaire est exigé de qui veut agir en justice ; ici la loi est muette et l'intérêt de la mère est purement moral. « La puissance paternelle est d'ordre public, et si révoltant qu'il puisse paraître de ne pas appeler la mère à en contrôler l'exercice abusif, il n'appartient pas à l'interprète de rectifier l'œuvre du législateur » (Taudière, *Traité de la puissance paternelle*, p. 115). Mais dans un cas, du moins, il nous semble que c'est à bon droit que la mère sera admise à critiquer en justice le mode d'éducation choisi par son mari, c'est celui où, séparée de biens, elle est obligée de contribuer aux dépenses relatives à l'éducation de son enfant, ou même de les supporter seule si son mari n'a pas de fortune. Il est de toute justice d'accorder à la mère le droit de s'opposer à des dépenses exagérées et hors de proportion avec les ressources du ménage ; il y a là pour elle un intérêt pécuniaire évident qui motive son action en justice. La Cour de Caen a rendu un arrêt en ce sens (8 avril 1851, D. P., 52, 2, 127).

Quelque étranges et préjudiciables à l'enfant que soient les décisions du père, nous ne voyons donc pas la loi permettre d'une façon générale à la mère de déférer ces décisions à la justice. La seule sanction des droits de la mère serait donc, outre la demande en divorce qu'elle sera recevable à intenter, l'action en déchéance de la puissance paternelle qu'elle pourra former, ainsi que nous le verrons plus loin, dans les cas prévus par la loi.

Cependant le contrôle de l'épouse, que les textes semblent bien considérer comme exclusivement moral, est rendu effectif par la jurisprudence qui le sanctionne au moyen d'une action. D'après elle, la mère est toujours autorisée à agir en justice au nom de son enfant, en invoquant l'article 203 du Code civil, pour obliger le père à remplir son devoir d'éducation que le mariage lui a fait assumer. Ainsi, même avant la loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire, une femme mariée eut certainement obtenu de la justice, malgré la résistance de son mari, l'autorisation de faire donner aux enfants communs une instruction conforme à leur position sociale.

Un jugement du Tribunal de Douai (référé, 6 avril 1875, D., 77, 3, 68) a admis la femme dont l'union avait été célébrée par un prêtre catholique, et dont l'enfant avait été baptisé d'après le rite romain, à faire procéder malgré l'opposition de son mari, aux obsèques dudit enfant, conformément aux usages et aux cérémonies de ce culte.

Pour justifiées que paraissent ces décisions, elles n'en constituent pas moins une atteinte grave aux principes du Code en matière de puissance paternelle. Nous avons montré plus haut la valeur de l'argument tiré de l'article 203 ; quant au refus du mari de laisser faire des obsèques religieuses à un enfant commun, il devrait être simplement considéré comme une injure grave donnant à la femme le droit de demander le divorce ou la séparation de corps.

Signalons, sur la question de religion, une proposition

de loi déposée à la Chambre des députés, le 6 novembre 1906 (*J. O.*, Doc. parl. Chambre, S. E., 1906, Annexe N° 396, p. 85) par les socialistes unifiés, et ainsi conçue :

« Art. 1^{er}. — Il est interdit au ministre d'un culte de baptiser un enfant :

« 1° Sans le consentement du père et de la mère ;

« 2° Si l'enfant est orphelin de père ou de mère, sans le consentement du conjoint survivant ;

« 3° Si l'enfant est orphelin de père et de mère, sans le consentement de son tuteur ;

« 4° Si l'enfant est placé dans un établissement de bienfaisance public ou privé, sans le consentement du maire de la commune où il est né.

« L'article 3 punit d'une amende de 16 à 1,000 francs et d'un emprisonnement de 6 jours à 3 mois, le ministre du culte qui contreviendrait à la loi. »

Cette proposition de loi semble vouloir accorder à la mère, en matière de religion du moins, des droits égaux à ceux du père. « L'enfant, dit l'exposé des motifs, s'il appartient à son père, appartient naturellement, sinon plus, à la mère. Les liens qui l'unissent à elle sont plus profonds, plus intimes. » Les auteurs de cette proposition n'admettent pas que le mari « cédant à ses parents imbus d'idées religieuses, fasse baptiser son enfant sans en parler à sa femme dont il craint les reproches. » Mais c'est bien moins les intérêts des droits de la mère que les socialistes prennent ici en main, que les intérêts de ce qu'on appelle dans le langage parlementaire, la défense laïque. Leur

seul désir est de restreindre le nombre des baptêmes. Nous ne nous arrêterons donc pas plus longtemps sur cette proposition.

Remarquons seulement que dans la législation actuelle, le refus par le père de laisser baptiser l'enfant, peut emprunter aux circonstances un caractère injurieux de nature à justifier de la part de la femme une action en divorce. Il a été jugé en ce sens, quand le mari manifestait des sentiments religieux avant le mariage, ou que, sans avoir caché ses opinions irreligieuses, il n'avait jamais laissé apercevoir ses intentions quant au refus du baptême pour ses enfants (Lyon, 27 mars 1873 ; D., 74, 5, 44 ; Cass. req., 30 novembre 1898 ; D., 99, 1, 358).

Plus intéressante est la proposition de loi relative à l'éducation et à la correction paternelles, présentée par M. René Besnard, député (Chambre, Doc. parl., S. O., 26 février 1909, annexe N° 2343, p. 192). L'article 3 dispose que la direction des enfants est exercée d'un commun accord par le père et la mère durant le mariage. C'est l'abrogation pure et simple de l'article 373. Mais pour bien apprécier la valeur de cette innovation, il faudrait être fixé sur sa portée exacte. S'agirait-il de l'appliquer, et l'accord des époux serait-il nécessaire uniquement pour des mesures graves, telles que la possibilité d'engager l'enfant comme mousse, de le placer en apprentissage, ou de le faire enfermer dans une maison de correction, nous serions assez disposés à approuver la disposition de l'article 3 ; il nous semble, en effet, que pour ces actes ex-

trêmes le consentement de la mère devrait être demandé. Mais le texte ne semble pas se limiter à ces hypothèses ; il est général et il paraît en découler qu'il faut le commun accord des deux parents pour toute mesure concernant l'enfant. Dans ces conditions, cette disposition sera inutile ou dangereuse : inutile car dans la plupart des ménages, le père et la mère sont d'accord pour le bien de leurs enfants ; dangereuse dans le cas où il y aurait brouille entre les parents ; chacun ayant le pouvoir de commander, aucun ne pouvant rien faire sans l'autre, l'enfant serait tiraillé entre les deux. Il est nécessaire que dans la famille il y ait un chef pour trancher les questions quotidiennes.

D'ailleurs il ne faudrait pas croire que M. René Besnard est un apôtre du féminisme. Il se méfie autant de la mère que du père, et, dans sa proposition de loi, le droit de direction appartenant au père et à la mère conjointement n'est jamais exercé par eux que sous le contrôle et l'intervention toujours possible de la justice.

Droit au respect. — La disposition très générale de l'article 371 du Code civil, « l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère », qu'aucun texte ne développe et ne sanctionne, paraît moins une règle législative qu'un précepte de morale, ainsi que le constatait le tribun Albisson dans les travaux préparatoires ; ce précepte d'ailleurs, d'après lui, pourrait devenir « pour les juges un point d'appui en beaucoup d'occasions, telles par exemple que les contestations d'intérêts entre les enfants et leurs parents où ceux-là passeraient, dans leurs moyens

d'attaque ou de défense, les bornes que le respect doit leur prescrire. »

Des auteurs ont soutenu, en s'appuyant sur l'article 371, que l'enfant ne peut jamais intenter contre ses père et mère une action déshonorante. Duranton qui soutient cette opinion, cite à l'appui l'article 380 du Code pénal qui, lorsqu'un délit est commis par les père et mère au préjudice de l'enfant, ne reconnaît à celui-ci que le droit de demander des réparations civiles.

Cette opinion est vivement combattue par Demolombe. « Est-ce que cet article (art. 380 C. pén.), dit-il, ne reconnaît pas à l'enfant le droit de demander des réparations civiles à ses père et mère ou autres ascendants, à raison d'un vol qu'ils auraient commis à son préjudice ? Et cette action pourtant ne serait-elle pas déshonorante ?

La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens dans une hypothèse intéressante : un fils avait pris part à une délibération d'un conseil de famille prononçant contre le père la destitution de l'administration légale des biens de ses enfants mineurs. Celui-ci demanda l'annulation de la délibération en se fondant sur l'article 371. La Cour de Metz, et après elle, la Cour de cassation, décidèrent que cette délibération était valable.

Ce n'est pas non plus, comme on l'a soutenu, l'article 371, mais le défaut d'intérêt pécuniaire actuel qui motive la défense faite par l'article 187 aux enfants nés d'un précédent mariage, de poursuivre la nullité d'une seconde union de leur auteur, tant que vivent les époux ; ils peu-

vent, en effet, agir après la dissolution du second mariage, alors même que leur auteur survit.

Un jugement du tribunal de Nîmes, du 12 fructidor an XII, a décidé par application de l'article 371, que l'enfant ne pouvait être admis à la preuve des mauvais traitements infligés par son père. Mais, suivant un arrêt de la Cour de cassation, la mère qui se rend coupable sur la personne de son enfant des actes de violence prévus par les articles 309 et suivants du Code pénal, doit être punie conformément aux dispositions de ces articles, la qualité de mère et les droits de la puissance paternelle ne pouvant nullement constituer une excuse légale (Crim. cass., 17 décembre 1819).

Donc, tout ce que l'on peut déduire de l'article 371, c'est, d'après Demolombe, que « l'enfant devra seulement, dans les procès qu'il aura à soutenir contre ses ascendants, s'abstenir de tous termes blessants ; l'ascendant insulté pourrait obtenir des dommages-intérêts s'il prenait des conclusions à cet égard. »

Consentement au mariage des enfants. — L'article 148 du Code civil, modifié par la loi du 21 juin 1907, dispose que l'enfant qui n'a pas atteint l'âge de 21 ans accomplis ne peut contracter mariage sans le consentement de ses père et mère, et qu'en cas de dissentiment, le consentement du père suffit.

Cet article qui ne donne à la mère qu'un droit dépourvu de toute sanction dans des circonstances aussi graves, et ne tient, en somme, aucun compte de son autorité, est

l'objet de vives critiques. Mais, alors qu'à notre avis, le consentement du père *et* de la mère devrait être exigé pour la célébration du mariage, la plupart des adversaires de l'article 148 demandent que le consentement de la mère soit suffisant en cas de dissentiment.

L'un de ceux-ci, M. Gourju, lors de la discussion, au Sénat, de la loi du 21 juin 1907, a proposé un amendement à l'article 148, ainsi conçu :

« Si le père refuse son consentement, la mère pourra le citer devant le tribunal de première instance siégeant en Chambre du Conseil ; le jugement sera rendu en audience publique et en dernier ressort » (Sénat, séance du 7 mai 1907).

M. Gourju accepte volontiers que le consentement du père suffise, parce que, tout bien considéré, il vaut mieux se contenter du consentement d'un seul des deux époux, le père, que d'exiger les deux consentements, on arrive ainsi à faciliter les mariages.

Ce qu'il accepte moins, ce contre quoi il s'élève avec force, c'est que le refus du père suffise péremptoirement, d'une manière définitive pour empêcher le mariage, non pas qu'il prétende donner tout de suite, d'emblée et d'enthousiasme au consentement de la mère le même effet suffisant accordé au consentement du père.

Mais il veut qu'au moins le consentement de la mère, qui se trouve par hypothèse en contradiction avec le père, ne soit pas considéré comme purement négligeable, qu'il ne vienne pas se briser contre le refus du père sans que personne ait le droit de les départager.

« Quand le père et la mère sont en dissentiment sur le consentement au mariage, dit-il, quand c'est le père qui refuse son consentement et la mère qui accorde le sien, il y a gros à parier que c'est le père qui a tort et qu'il s'agit d'une taquinerie. Les hommes, les pères de famille ont l'épiderme moins sensible pour ce qui concerne les causes morales d'opposition, de refus de consentement au mariage. Le père se laisse moins émouvoir par certains péchés de jeunesse que le futur gendre a pu commettre ; la mère s'en offusque davantage, elle est plus ombrageuse, elle est plus nerveuse, elle aura plus peur sans doute que le père de quelque ancienne maîtresse avec laquelle on aura rompu, peut-être à la veille du mariage, pour les besoins de la cause.

Par conséquent, si c'est la mère qui accorde son consentement, on peut supposer que le mariage projeté n'est pas de nature à exciter légitimement les susceptibilités morales du père, que l'acquiescement de la mère est donné en toute connaissance de cause et que vraisemblablement, c'est le père qui a tort contre elle. »

Il paraît immoral à M. Gourju qu'une jeune fille de 20 ans, quand elle a le consentement de sa mère qui sait au moins aussi bien que le père ce qui lui convient, se voie opposer, sans pouvoir rien faire pour le vaincre, le refus du consentement du père, refus qui peut être inspiré par des considérations viles, peut-être de nature fort peu recommandable. « Il faut cependant qu'il y ait quelqu'un pour dire, d'un point de vue plus haut que celui d'une

querelle domestique, qui, du père ou de la mère, doit avoir le dernier mot. Il n'est pas possible d'admettre que la mère soit réputée *a priori* avoir toujours tort dans un conflit pareil. Il n'est pas admissible non plus qu'on ne demande son consentement que pour constater qu'elle peut être en dissentiment avec le père, sans avoir par envers elle aucune ressource pour faire cesser ce dissentiment, même si elle a raison. »

Alors pourquoi refuserait-on à la mère le droit de recourir, par une forme discrète, en chambre du Conseil, au tribunal civil, pour vider le différend et mettre un terme honorable au conflit après avoir entendu à huis-clos des explications ? Les tribunaux, qui sont nos juges à tous, ajoute M. Gourju, peuvent bien, une fois par hasard, départager un père et une mère en dissentiment sur l'objet le plus digne de leur commune sollicitude.

Le rapporteur de la loi a combattu cet amendement, disant que pour qu'il puisse être voté, il faudrait que le titre IX du Code civil, sur la puissance paternelle, n'existât pas.

Car si l'on suppose un instant qu'en cas de dissentiment, on permette à la mère de famille d'en appeler devant le tribunal, et que ce tribunal, malgré l'opposition du père, autorise le mariage, il arrivera qu'ainsi sera tournée la loi subordonnant l'émancipation de l'enfant au consentement du père ; l'émancipation serait permise par un moyen détourné.

De même, le jeune homme jusqu'à l'âge de 21 ans « ne

peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire après l'âge de 18 ans révolus » (art. 374 C. c.). Cette dernière disposition serait également battue en brèche par l'amendement de M. Gourju.

« Voter cet amendement, conclut le rapporteur, c'est supprimer complètement le titre IX. »

A côté de ces arguments, d'ordre purement juridique, M. Chaumié en a présenté d'autres tirés de considérations morales, et peut-être plus concluantes encore à notre sens.

Il ne s'agit pas, dit-il, pour l'enfant de contracter un engagement qui le liera seul.

La famille qu'il va fonder, les enfants qui naîtront seront rattachés par des liens étroits d'où naîtront des obligations juridiques et morales au père et à la mère des futurs époux ; et M. Chaumié hésite beaucoup, répugne même à admettre en pareille matière d'ordre si intime l'immixtion des tribunaux.

D'ailleurs, ce droit du père n'est pas pour cela poussé à l'extrême. Son autorité ne l'emporte qu'en cas de dissentiment, c'est-à-dire, après que la mère aura été consultée, qu'elle aura fait valoir ses raisons, et usé pour les faire valoir de toute son influence au foyer.

Sans doute, si le refus du père devait empêcher à tout jamais ou pour bien longtemps le mariage projeté, il y aurait peut-être lieu de faire trancher le conflit et de déterminer qui, du père ou de la mère, doit être écouté.

Mais l'âge de 21 ans est le délai le plus éloigné. A ce

moment, la volonté de l'enfant sera dégagée de toute entrave.

L'attente imposée occasionnera sans doute des ennuis, une gêne, mais n'y a-t-il pas un intérêt d'un ordre supérieur à ne pas amener hors de la famille un débat qui n'en doit pas sortir, à ne pas l'aigrir par les discussions d'un procès, à ne pas faire, par une décision judiciaire, du père et de la mère un vainqueur et un vaincu. La dignité de la mère sera beaucoup moins atteinte ou froissée, si elle est obligée de s'incliner devant le principe général de la loi que devant une condamnation prononcée par des juges. Et, par contre, que restera-t-il de l'autorité paternelle après un tel procès perdu ?

A moins de nécessité impérieuse, il faut se garder le plus possible de faire intervenir les tribunaux en ce genre de questions.

Le Sénat s'est sagement rendu à cet avis et a repoussé l'amendement de M. Gourju par 224 voix contre 10.

Il faut reconnaître que dans un cas du moins, la disposition de M. Gourju aurait pu être accueillie ; c'est celui où le père et la mère sont séparés de fait et où depuis de longues années la fille habite avec sa mère. Que seront, en effet, alors, les longues conversations préalables, et n'est-il pas nécessaire d'ouvrir une porte de sortie à la mère qui consent au mariage de sa fille, contre le père qui la connaît à peine ? L'intervention de la justice n'aurait pas ici le même inconvénient. Mais la séparation de fait n'étant pas réglée par la loi, pour cette raison sans doute,

le Sénat n'a pas cru devoir faire cette distinction, et il a rejeté l'ensemble de la disposition.

En dehors de ce cas tout particulier, si analogue à ceux qui se présentent dans les ménages séparés légalement, ne serait-il pas préférable de décider que, comme il est exigé pour l'adoption, l'enfant qui n'a pas atteint 21 ans ne pourra contracter mariage sans le consentement de son père et de sa mère, la fin de l'article 148 étant supprimée.

Si la mère, au bon sens et à la finesse de laquelle M. Gourju s'est plu à rendre hommage, refuse son consentement, c'est très certainement qu'elle a quelque bonne raison pour cela, elle ne ferait pas d'opposition à son enfant et à son mari sans un motif grave. Pourquoi, dès lors, ne tenir aucun compte de ce refus ? Pour faciliter les mariages, répondra-t-on. Mais si les unions sont ainsi facilitées, c'est bien souvent au détriment de leur solidité ; l'augmentation croissante du nombre des divorces en est la preuve. Le veto de la mère pourrait empêcher bien des sots mariages ; son consentement serait une garantie de plus du bonheur des jeunes époux ; c'est suffisant pour qu'il soit pris en considération. Mais nous n'avons aucun espoir prochain de voir modifier en ce sens l'article 148, la tendance du législateur moderne étant d'affranchir le plus possible l'individu de toute contrainte familiale.

Entrée des enfants en religion. — Les décrets du 18 février 1809, article 17, et du 28 février 1810, article 41, ont étendu la règle de l'article 148 à la profession religieuse du fils ou de la fille, et à l'entrée du fils dans les

ordres sacrés, dans les mêmes conditions d'âge, 25 ans pour les garçons, 21 ans pour les filles, et avec la même supériorité pour le consentement du père. La loi du 21 juin 1907 ne s'appliquant qu'au mariage, n'a pas abaissé à 21 ans l'âge auquel les garçons pourront se passer du consentement de leurs parents pour entrer en religion.

Consentement à l'adoption des enfants. — Le consentement de la mère est indispensable pour permettre à l'enfant de se donner en adoption. L'enfant qui n'a pas accompli sa 25^e année, garçon ou fille, ne peut se donner en adoption sans avoir préalablement obtenu le consentement de son père *et* de sa mère ; s'il est majeur de 25 ans, il devra requérir leur conseil.

Ici le consentement du père seul n'est plus suffisant. Marcadé a soutenu cependant que le texte de l'article 346 n'est pas une raison pour rejeter les dispositions de détail indiquées au titre du mariage, et que, par suite, s'il y avait dissentiment entre le père et la mère, le consentement du père suffirait. « Mais, dit Demolombe, peut-on considérer comme une simple disposition de détail, celle qui autorise le mariage malgré le refus de la mère, dès que le père y consent. »

La loi est ici plus exigeante, car l'adopté va accomplir un acte dont le caractère pourrait être très blessant pour ses père et mère.

Administration légale. — Aux termes de la loi du 8 avril 1910 « le père est du vivant des deux époux, administrateur légal des biens de leurs enfants mineurs non émancipés.

Lorsque le père est déchu de l'administration, la mère devient de droit administratrice en ses lieu et place. »

Cette seconde formule est trop étroite et la suite du texte la rectifie. Le § 9 décide, en effet, que l'administration légale cesse d'appartenir à toute personne interdite, pourvue d'un conseil judiciaire ou en état d'absence. Quand donc le père se trouve dans une de ces situations, l'administration échoit nécessairement à la mère. L'énumération du § 9 est certainement limitative. L'aliénation mentale n'y est pas mentionnée, c'est que la démence n'est constatée par aucun acte juridique ; elle ne modifie pas les droits de l'individu. Elle ne saurait donc entraîner par elle-même, *ipso jure*, cessation de l'administration légale. La mère devra, en ce cas, adresser une requête au tribunal pour se faire attribuer l'administration.

L'administration légale passe à la mère lorsque le père est déchu de la puissance paternelle. Mais dans les cas où la déchéance est facultative, ce tribunal peut, conformément au § 3 de l'article 9 de la loi du 24 juillet 1889, dont les dispositions ne sont pas modifiées, statuer sur les droits de la mère et lui refuser l'exercice de la puissance paternelle.

Les causes qui peuvent motiver le retrait de l'administration sont laissées à l'appréciation des juges. Ce seront soit des fautes lourdes commises dans la gestion, soit des actes de malversation, ou une demande en séparation de biens, émanée de la femme, soit même l'état de faiblesse d'esprit, d'aliénation mentale. Le retrait de l'administra-

tion pourrait être également décidée comme conséquence de la privation du droit de garde prononcé en vertu de la loi du 5 avril 1898. On comprend mal, en effet, que le père auquel la garde de l'enfant a été enlevée, puisse conserver l'administration des biens, et le tribunal aura à examiner s'il ne convient pas de confier au gardien choisi la gestion des biens en même temps que la personne de l'enfant.

Dans les circonstances habituelles, la mère, durant le mariage, n'a donc aucun droit d'administration sur les biens de ses enfants. Remarquons, toutefois, qu'un tiers pourrait faire une libéralité aux enfants à la condition expresse que les biens en faisant l'objet seront administrés non par le père mais par la mère. Cette condition est parfaitement valable. Enfin, d'après l'article 935 du Code civil, la mère a qualité pour accepter, malgré ce refus du père, une donation faite à ses enfants.

Jouissance légale. — L'article 384 du Code civil accorde au père durant le mariage, la jouissance des biens des enfants jusqu'à l'âge de 18 ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de 18 ans. La mère ne peut donc jamais profiter qu'indirectement de la jouissance légale, et seulement si elle est mariée sous le régime de la communauté.

Le retrait de l'administration légale emporte-t-il perte de la jouissance légale ? C'est une question que la loi passe sous silence. Nous pensons qu'il n'y a pas corrélation nécessaire entre les deux institutions. L'usufruit peut con-

tinuer quand bien même l'usufruitier ne gère pas. Le but à atteindre est la protection des biens, et pour cela il suffit d'enlever l'administration, il n'est pas nécessaire que l'usufruit disparaisse. Mais si le père dilapidait les biens, le tribunal aurait le droit de prononcer à la fois le retrait de l'administration et la perte de la jouissance légale.

Obligation alimentaire. — Aux termes de l'article 205 du Code civil, « les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin. » C'est là un devoir d'assistance que la loi a cru, à bon droit, devoir sanctionner.

La mère, dénuée de ressources, doit d'abord s'adresser à son mari, mais si ce dernier n'est pas en état de subvenir à ses besoins, elle pourra réclamer l'aide de ses enfants. Ni les vices de la réclamante, qui sont cause de son dénuelement actuel, ni les torts qu'elle a pu avoir envers ses enfants, ne suffisent pour faire rejeter sa demande. On a vu des mères dénaturées obtenir une pension d'un enfant qu'elles avaient abandonné et dont elles ne s'étaient jamais occupées.

La dette d'aliment doit s'acquitter en argent et non pas en nature. L'article 211 qui autorise le père et la mère à recevoir leur enfant chez eux pour se libérer, n'a pas admis la réciproque. La mère ne pourra donc pas être contrainte d'aller habiter chez son enfant, elle aura toujours droit à la somme d'argent qui lui est nécessaire pour vivre. S'il y a plusieurs enfants, la mère ne pourra s'adresser à un seul d'entre eux pour le total, mais elle devra, au con-

traire, diviser son action entre tous ses enfants solvables ; l'obligation alimentaire n'est, en effet, ni solidaire, ni indivisible.

Droit de succession. — La mère d'un enfant décédé sans postérité a sur les biens de cet enfant un droit de succession dont l'étendue varie avec la qualité des autres héritiers.

En concours avec son mari et ses autres enfants, frères et sœurs du *de cujus*, ou avec ces derniers seulement, elle a droit au quart des biens dépendant de la succession.

En concours avec son mari ou des ascendants de la ligne paternelle, elle a droit à la moitié des mêmes biens.

Si la ligne paternelle n'est représentée que par des collatéraux ordinaires, la mère a droit à la moitié des biens, et, en outre, à l'usufruit du tiers de la moitié dévolue aux collatéraux. Elle se trouve ainsi avoir la jouissance des deux tiers de la succession. Cet usufruit est soumis aux règles ordinaires ; la mère, qui le réclame, n'est pas dispensée de fournir caution.

Enfin, si l'enfant n'a laissé aucun parent au degré successible dans la ligne paternelle, la mère prend toute la succession.

Mais dans tous les cas, si l'enfant était marié, la mère devra laisser s'exercer sur sa part héréditaire, l'usufruit accordé au conjoint survivant par l'article 767 du Code civil.

Lorsque l'enfant laisse un enfant naturel reconnu, ce dernier a droit, en vertu de l'article 759, aux trois quarts

de la succession, le dernier quart est dévolu aux parents légitimes qui se le partagent dans la même proportion que si c'était la succession totale.

Réserve de la mère. — La mère a droit à une réserve dans la succession de son enfant, fixée invariablement au quart de la succession.

Dans le cas où le *de cujus* aura laissé un ou plusieurs enfants naturels, la réserve de la mère sera réduite au huitième de la succession s'il n'y a pas d'ascendants dans la ligne paternelle, et au seizième, dans le cas contraire.

CHAPITRE II

PUISSANCE PATERNELLE EXERCÉE PAR LA MÈRE DURANT LE MARIAGE

Les cas dans lesquels la mère pourra être appelée à exercer la puissance paternelle durant le mariage, sont :

- 1° La déchéance du père ;
- 2° Son interdiction ;
- 3° Son absence.

§ 1. — **Déchéance du père.**

La loi du 24 juillet 1889 a établi deux sortes de causes de déchéance. Les unes enlèvent de plein droit la puissance paternelle aux parents indignes ; les autres autorisent simplement les tribunaux à la leur enlever par jugement.

Déchéance de plein droit. — La déchéance de plein droit est attachée comme conséquence légale à certaines condamnations pénales. Ces condamnations sont les suivantes :

- 1° Toute condamnation pour excitation habituelle de son propre enfant à la débauche ;

2° La seconde condamnation pour excitation habituelle de mineurs à la débauche ;

3° Toute condamnation pour crime commis sur la personne de l'enfant ;

4° La seconde condamnation pour délit commis sur la personne de l'enfant ;

5° Toute condamnation pour crime commis en participation avec l'enfant ;

6° La seconde condamnation pour délit commis en participation avec l'enfant.

Déchéances facultatives. — Dans son art. 2, la loi règle les cas où la déchéance peut être prononcée par la justice. Ces cas sont les suivants :

1° Condamnation à raison d'un crime ;

2° Seconde condamnation pour séquestration, suppression, exposition ou abandon d'enfants, ou pour vagabondage ;

3° Seconde condamnation pour ivresse publique ;

4° Toute condamnation par application de la loi du 7 décembre 1874 (professions ambulantes) ;

5° Première condamnation pour excitation habituelle de mineurs à la débauche ;

6° Envoi de l'enfant dans une maison de correction, en vertu de l'art. 66 C. pén. ;

7° En dehors de toute condamnation, lorsque les père et mère, par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire et scandaleuse ou par de mauvais traitements, compromettent soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants.

A ces différents cas, il faut ajouter l'hypothèse prévue par la loi du 19 avril 1898, lorsque le père encourt une condamnation par application de cette loi.

Effets de la déchéance. — Le déchu encourt, à l'égard de ses enfants, la perte de tous les droits sans exception dont il avait l'exercice pendant leur minorité et même plus tard. Lui sont donc enlevés : les droits de garde, d'éducation, de correction, d'administration légale, d'émancipation, la faculté de donner son consentement à leur mariage et à leur adoption, de consentir quant à eux à la constitution d'une tutelle officieuse, ou à leur entrée au service militaire, le droit de participer à un contrat d'apprentissage les concernant. L'enfant mineur n'est plus domicilié chez son père déchu, et les donations à lui faites ne seront pas valablement acceptées par ce dernier. Il n'est plus permis au père déchu d'autoriser ses enfants à entrer dans les ordres sacrés ou dans une congrégation religieuse, à faire le commerce. Et cette liste n'est qu'énonciative ; le principe essentiel, c'est la perte de la puissance paternelle et de tous les droits qui s'y rattachent.

D'après l'art. 3, l'action en déchéance est intentée, quand elle n'a pas lieu de plein droit, par le ministère public ou bien par un ou plusieurs parents du mineur au degré de cousin-germain ou à un degré plus rapproché.

L'action en déchéance sera donc valablement intentée par la mère.

Lorsque le père légitime est déchu, l'autorité paternelle, commune aux deux époux quant à la jouissance tout au

moins, devrait, d'après les principes, demeurer intacte aux mains de la mère, non frappée par la sentence, qui en prendrait même l'exercice. Il n'en est pas ainsi. D'après l'art. 9, « dans le cas de déchéance de plein droit encourue par le père, le ministère public ou les parents désignés à l'art. 3 saisissent sans délai la juridiction compétente qui décide si, dans l'intérêt de l'enfant, la mère exercera les droits de la puissance paternelle, tels qu'ils sont définis par le Code civil... Dans le cas de déchéance facultative, le tribunal qui la prononce, statue par le même jugement sur les droits de la mère à l'égard des enfants nés et à naître, sans préjudice, en ce qui concerne ces derniers, de toute mesure provisoire à demander à la Chambre du Conseil, dans les termes de l'art. 5, pour la période du premier âge.

Si le père, déchu de la puissance paternelle, contracte un nouveau mariage, la nouvelle femme peut, en cas de survenance d'enfants, demander au tribunal l'attribution de la puissance paternelle sur ces enfants. »

Voici comment le rapporteur de la loi au Sénat justifiait cette disposition :

« Lorsque la déchéance totale ou partielle qui a frappé le père n'a pas atteint la mère, il est conforme aux règles du droit que l'exercice de la puissance paternelle revienne à celle-ci. Dans les cas ordinaires, après la disparition ou le prédécès du père, l'intérêt de l'enfant est généralement sauvegardé par l'application de cette règle, et l'on peut dire que c'est l'intérêt de l'enfant qui l'a dictée. Mais ne

doit-on pas faire exception pour les cas qui nous occupent ? Il suffit de considérer dans quel milieu social, dans quelles conditions de moralité se rencontrent la plupart des familles en vue desquelles la loi nouvelle est préparée, pour se convaincre que l'intérêt de l'enfant exigera le plus souvent cette exception. On doit remarquer, en effet, qu'alors même que la mère ne se serait pas rendue personnellement indigne d'exercer la puissance paternelle par une participation aux actes qui ont entraîné la déchéance du père, le fait seul de la vie commune, du contact et de l'influence du père est d'une telle importance que, si la mère était investie de droits sur l'enfant, les effets de la décision rendue contre le père seraient annulés. Il était donc nécessaire de décider que la dévolution de la puissance paternelle à la mère ne serait pas une conséquence nécessaire de la déchéance prononcée contre le père. »

Cette solution a donné lieu à de vives critiques. « Si l'on détourne ses regards, disait M. Léon Clément, au Sénat, de ce milieu social corrompu que la Commission a eu seul en vue, si on considère, au contraire, dans son ensemble, notre société française, où le dévouement des mères est si grand, où la pureté de la vie est, Dieu merci, la règle générale, comment admettre qu'on les enveloppe dans une telle suspicion, qu'on leur étende une législation comme celle-ci ? »

Le dernier alinéa de l'art. 9 n'a pas été moins attaqué. On a fait observer que les femmes qui épouseront des individus condamnés il y a dix ou quinze ans et déchu

de la puissance paternelle, ne sauront pas à quoi elles s'exposent, c'est-à-dire à contracter un mariage sans honneur et sans dignité ; elles croiront se marier dans les conditions ordinaires et la loi ne leur permettra pas d'exercer la puissance paternelle sur leurs propres enfants.

« Si la femme ne demande pas l'exercice de la puissance paternelle, disait M. de la Batie (Chambre, séance du 25 mai 1889), à qui appartiendra la tutelle des enfants issus du second mariage ? A un étranger, et alors nous serons en présence de cette situation anormale, on pourrait dire immorale, d'un homme qui aura l'autorité maritale sur sa nouvelle femme, qui aura obtenu la confiance de la famille dans laquelle il vient d'entrer, qui commence une vie nouvelle et qui cependant, en vertu d'une décision antérieure à ce second mariage, n'aura pas l'autorité paternelle sur les enfants issus de cette seconde union. »

Mais si l'intérêt des enfants exige à l'encontre de la mère une telle rigueur, on se demande pourquoi on a maintenu à la femme remariée avec un individu déjà frappé de déchéance, la puissance paternelle sur les enfants nés de son premier mariage. Les dangers sont les mêmes, peut-être plus grands en raison du manque d'affection à l'égard des enfants de leur parâtre.

La disposition rigoureuse de la loi n'était pas indispensable. « Il eut suffi, dit M. Taudière (*Traité de la puissance paternelle*, p. 353), que le tribunal pût retirer à la mère la garde des enfants en cas de nécessité, sans la frapper *a priori* d'une telle incapacité. La loi, il est vrai, autorise

la femme à se faire attribuer la puissance paternelle par le tribunal, mais c'est chose fort différente : dans ce système, l'épouse d'un homme déchu est, indépendamment de toute faute personnelle, privée de ses droits les plus naturels, sauf à en tenir la possession du bon plaisir des magistrats, l'idée est nouvelle et contraire aux principes universellement admis. Qui ne voit d'ailleurs qu'en fait la seconde épouse fera bien rarement les frais d'une demande en justice pour se faire attribuer la puissance paternelle. »

Il peut arriver que l'exercice de la puissance paternelle ayant été refusé à la mère, le père déchu vienne à décéder pendant la minorité de l'enfant. Aux termes du Code civil, l'autorité paternelle, en cas de prédécès du père, passe en principe à la mère avec tous ses attributs. La circonstance que du vivant du père, l'exercice de la puissance paternelle a été déferée à d'autres que la mère, doit-elle faire obstacle à l'application de cette règle ? La loi de 1889 est muette à cet égard, mais nous ne croyons pas qu'elle ait entendu modifier les principes antérieurs sur ce point. L'hypothèse avait été prévue par la Commission de la chancellerie, dont le projet contenait un § 2 ainsi conçu :

« Lorsque par suite de la déchéance du père, un tuteur a été donné aux enfants, nonobstant l'existence de la mère, la mère a le droit, si le père vient à mourir, de convoquer le conseil de famille, qui décide si la tutelle continuera d'exister ou si cette tutelle appartiendra à la mère selon le droit commun. »

Si le législateur n'a pas conservé dans la rédaction défi

nitive cette disposition modificative du droit commun, on peut légitimement en induire qu'il a entendu s'en référer à ce même droit commun sur ce point. Cette interprétation est d'autant plus admissible que par le décès du père, le seul motif qui ait fait refuser de plein droit à la mère, du vivant de ce dernier, l'exercice de la puissance paternelle, à savoir l'ascendant moral du père sur sa femme, ce motif n'existe plus.

§ 2. — Absence du père.

Droits de la mère en l'absence du père. — Aux termes de l'art. 141, « si le père a disparu laissant des enfants mineurs issus d'un commun mariage, la mère en aura la surveillance, et elle exercera tous les droits du mari, quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens. » Il y a lieu de distinguer la situation de la mère, d'abord dans la période de présomption d'absence, et ensuite, dans la période d'absence déclarée.

A. — PÉRIODE DE PRÉSUMPTION D'ABSENCE

Le père absent, la mère a-t-elle la qualité de tutrice ? Proudhon (t. 1, p. 306) et de Moly (N° 200) l'ont soutenu. Mais il résulte de l'art. 390, que la tutelle ne commence qu'après la dissolution du mariage, arrivée par la mort naturelle ou civile de l'un des époux, et l'art. 141 se borne à déclarer que la mère aura la surveillance des enfants et exercera tous les droits du mari. Il ne peut être question

de tutelle aussi longtemps que le père vit ; or, le père, quoique présumé absent, n'est pas mort. Il y a incertitude sur sa vie, mais cette incertitude n'a d'autre effet que de faire prendre les mesures que la nécessité exige (Démolombe, t. 2, N° 312 ; Duranton, t. 1, N° 78 ; Laurent, t. 2, N° 145 ; Demante et Colmet de Santerre, t. 1, N° 186 bis).

En conséquence, il n'y a pas lieu à la nomination d'un subrogé-tuteur, et les biens de la mère ne sont pas grevés d'hypothèque légale.

B. — PÉRIODE D'ABSENCE DÉCLARÉE.

Les art. 141-143 ne se réfèrent qu'à la période de présomption d'absence, et la loi ne s'explique pas sur les mesures à prendre après la déclaration d'absence. Aussi, des divergences se sont produites sur les règles à suivre en pareil cas.

Certains auteurs estiment que dans le cas où la mère existe et est investie de la surveillance de l'enfant, ainsi que de l'administration de ses biens, elle doit conserver la mission qu'elle remplissait durant la présomption d'absence, avec les pouvoirs dont elle était investie (Toullier, t. 1, N° 458 ; Duranton, t. 1, N°s 517, 518 ; Laurent, t. 2, N°s 219 et suiv.). « On prétend, dit Laurent, que la déclaration d'absence remplace la puissance paternelle par la tutelle. L'art. 141 ne le dit pas. Il faudrait donc que cela résultât des principes de la tutelle, combinés avec les principes de l'absence. Quand y a-t-il lieu à la tutelle ? Quand l'un des père et mère vient à mourir ; pendant la vie des

père et mère, il n'y a jamais de tutelle. Dans l'espèce, la mère est présente ; le père a disparu, il y a incertitude sur sa vie. Cette incertitude suffit-elle pour qu'on doive nommer un tuteur à ses enfants ? Il faudrait un texte pour cela et il n'y en a pas. L'art. 141 exclut, au contraire, la tutelle, puisqu'il maintient la puissance paternelle. On invoque la présomption de mort qui résulte, dit-on, de la déclaration d'absence. Nous répondrons qu'il y a si peu de présomption de mort, que la loi organise l'administration des biens de l'absent dans son intérêt. »

Une seconde opinion admet cette solution, mais pour le cas où la mère aura usé de la faculté d'opter pour la continuation de la communauté et où les enfants mineurs n'auront pas de biens personnels. La continuation provisoire de la communauté empêcherait la prédominance de la présomption de mort ; d'autre part, la tutelle et ses garanties seraient moins utiles si les enfants n'ont pas de biens (Marcadé, sur l'art. 143, N° 5 ; Duranton, t. 1, 518).

Mais l'opinion qui a prévalu repousse toute distinction et décide, d'une façon absolue, que la déclaration d'absence du père fait cesser la surveillance de la mère, et qu'il y a lieu d'organiser la tutelle des enfants mineurs suivant les règles tracées au titre de la tutelle. « Deux raisons nous déterminent, disent MM. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. 1, N° 1305). D'une part, les termes de l'art. 142, « avant que l'absence du père ait été déclarée » impliquent que sa décision ne serait plus vraie si le décès de la mère n'était survenu qu'après cette déclaration... Et,

d'autre part, on comprend que la loi veuille organiser la tutelle conformément aux règles ordinaires dès que l'incertitude sur l'existence de l'absent se prolongeant, la protection des intérêts des mineurs réclame les mêmes mesures que commanderait sa mort prouvée. Qu'importe, en effet, l'événement qui les prive de sa présence et du secours qu'ils sont en droit d'en attendre. Inutilement oppose-t-on qu'ils peuvent d'autant mieux se passer des garanties de la tutelle qu'il ne se fera dans la période qui s'ouvre, rien que de provisoire ; car il n'empêche que leurs droits n'en peuvent pas moins, en fait, être irrémédiablement compromis. »

§ 3. — Interdiction du père.

Aux termes de l'art. 490 « tout parent est recevable à provoquer l'interdiction de son parent. Il en est de même de l'un des époux à l'égard de l'autre. » Et l'art. 389 énumère comme causes, l'imbécillité, la démence et la fureur. D'après les paroles du tribun Tarribe, au corps législatif, les auteurs de la loi ont entendu désigner par « imbécillité », la faiblesse d'esprit causée par l'absence ou l'oblitération des idées ; par « démence », l'aliénation qui ôte l'usage de la raison ; et par « fureur » une démence portée au plus haut degré, qui pousse le furieux à des actes dangereux pour lui-même et pour les autres.

Effets de l'interdiction. — Le jugement d'interdiction entraîne comme conséquence la mise en tutelle de l'inter-

dit, et l'art. 507 dispose que la femme pourra être nommée tutrice de son mari. Mais cette tutelle n'est pas accordée de droit à la femme, et le conseil de famille de l'interdit pourra nommer à ce dernier tel tuteur que bon lui semblera.

Dans ce cas, le tuteur du mari n'exercera pas la puissance paternelle sur les enfants, c'est à la mère que cette puissance sera dévolue.

L'art. 509, en effet, qui fixe les droits du tuteur sur la personne et les biens de l'interdit, ne dispose rien sur l'administration de la personne de ses enfants ; aucune disposition du titre XI ne supplée à ce silence, on ne peut étendre les droits du tuteur de l'interdit au-delà des limites que la loi leur a données. Il résulte des art. 141, 149, 173 et 511 du Code civil, que toutes les fois que le mari est hors d'état de manifester sa volonté, la surveillance et l'établissement des enfants appartiennent à la femme ; le conseil de famille de l'interdit outrepassa ses droits en chargeant le tuteur et le subrogé-tuteur du choix de la maison d'éducation où serait placé l'enfant (Cour d'Orléans, 9 août 1871).

Internement du père non interdit dans un établissement d'aliénés. — « L'admission du père, même non interdit, dans un établissement public ou privé d'aliénés, conformément à la loi du 30 juin 1838, dit M. Demolombe, me paraîtrait suffisante pour autoriser la mère à prendre en main l'exercice de la puissance paternelle ; le certificat constatant cette admission serait une preuve légale de l'empêchement du mari.

Mais si le père n'était ni interdit, ni placé dans un établissement d'aliénés, la mère ne serait pas recevable à alléguer l'affaiblissement ou même l'anéantissement de ses facultés intellectuelles pour revendiquer l'exercice de l'autorité paternelle. Il y aurait là trop d'abus possibles. »

§ IV. — Exercice de la puissance paternelle par la mère.

Lorsque, par suite d'un des événements que nous venons d'examiner, la mère se trouve investie de l'exercice de la puissance paternelle, il semble qu'elle devrait avoir les mêmes droits que son mari sur ses enfants ; il n'en est pas toujours ainsi. Nous allons étudier maintenant l'étendue des droits de la mère.

Droit de garde. — La mère a d'abord le droit de garde sur ses enfants. Toute latitude lui est laissée quant au choix du mode d'instruction et d'éducation ; nous avons vu que le conseil de famille d'un interdit ne pouvait charger le tuteur de ce dernier du choix d'un collège pour les enfants.

Le consentement de la mère seule au mariage des enfants est-il suffisant ? — Lorsque le père est déchu, absent ou interdit, le consentement de la mère seule au mariage de ses enfants est suffisant. Il suffit de présenter à l'officier de l'état civil une expédition du jugement qui a prononcé la déchéance ou l'interdiction, ou qui a déclaré l'absence.

Mais quid ? s'il n'est pas encore intervenu de jugement déclaratif d'absence. La règle est que le mineur de 21 ans ne peut contracter mariage sans le consentement de ses père et mère (art. 148 C. c.). Or, l'art. 141 n'y déroge pas puisqu'il n'attribue à la mère les droits du mari qu'en ce qui concerne l'éducation des enfants et l'administration de leurs biens. Mais M. Demolombe pense (t. 2, N° 314) que ce droit résulte pour la mère de l'art. 149, qui porte que « si l'un des époux est mort ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit. » La vraie solution consiste donc à subordonner la question aux circonstances, au temps plus ou moins long écoulé depuis la disparition. Aussi, ferait-on sagement dans ce cas, de recourir au tribunal, par argument de l'art. 112, et de faire ainsi décider que l'art. 149 est applicable et que la mère seule a qualité pour consentir.

D'après MM. Aubry et Rau (t. 5, § 462, p. 72, note 29), la preuve de l'absence peut se faire suivant le mode indiqué par l'art. 155 C. c., et lorsque le dernier domicile de l'absent est inconnu, dans les formes tracées dans l'avis du Conseil d'Etat du 4 thermidor an XIII.

Dans le cas où le père, sans être interdit, est placé dans un établissement d'aliénés, le certificat d'admission produira les mêmes effets qu'un jugement d'interdiction et en tiendra lieu (Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. 3, p. 265, note 28 ; Demolombe, t. 3, N° 43).

Enfin, si l'aliéné n'est ni interdit, ni interné, il suffirait, d'après Demolombe (t. 3, N° 43, et Allemand, t. 1,

N° 229), de s'adresser au tribunal, qui peut, sans prononcer l'interdiction, ordonner qu'il soit passé outre à la célébration du mariage, avec le seul consentement de la mère.

La Cour de Poitiers a rendu un arrêt en ce sens (11 mars 1839), et voici ses motifs : « Attendu que la loi, en soumettant le mariage des mineurs au consentement de leurs pères, mères et aïeux, a eu essentiellement pour objet de les protéger contre leur faiblesse, leur inexpérience et l'égarement de leur passion. Que ce droit, pour les ascendants, de consentir ou de s'opposer au mariage de leurs enfants mineurs, n'est pas, pour les premiers, un privilège de la nature de leurs autres droits personnels, dont ils ne peuvent être privés que par l'interdiction ; que ce droit particulier, puisé d'ailleurs dans la nature, est tout à fait dans l'intérêt des enfants. Attendu que l'art. 160 C. c. qui, en prévoyant que les ascendants se trouveront dans l'impossibilité de manifester leur volonté sur le mariage de leurs enfants mineurs, dispose que les enfants mineurs ne pourront le contracter sans le consentement du conseil de famille, ne dit pas que cette impossibilité ne puisse résulter que de l'interdiction... »

Nous n'hésitons pas à adopter cette opinion.

Au cas où l'enfant voudrait se donner en adoption ou entrer dans les ordres sacrés ou dans une congrégation religieuse, il lui suffirait également de rapporter le consentement de sa mère.

Règles relatives à l'engagement militaire. — Si l'engagé

volontaire a moins de 20 ans et n'est pas émancipé, il doit être pourvu du consentement de ses père, mère ou tuteur.

Quand le père est déchu de la puissance paternelle, interdit ou absent, aucune difficulté, le consentement est donné par la mère.

Dans le cas où le père non interdit, se trouve par suite de démence ou d'imbécillité, dans l'impossibilité de consentir à l'engagement de son fils, le consentement peut émaner de la mère si le père a été placé dans un établissement public d'aliénés, ou s'il lui a été donné un administrateur provisoire par application de l'art. 497.

Enfin, lorsque le père a disparu sans avoir été légalement déclaré absent, le Ministre de la Guerre a décidé que le consentement de la mère, accompagné d'un acte notarié, attestant l'absence du père, suffisait pour autoriser l'engagement à titre provisoire. En effet, dans le cas de disparition du père, la mère a la surveillance des enfants mineurs, et elle exerce tous les droits du mari quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens, il est donc logique qu'elle puisse consentir à un engagement volontaire.

La mère peut-elle émanciper ses enfants ? — Notons d'abord un point certain, c'est que la mère qui se trouve exercer la puissance paternelle par suite de la déchéance du père, peut toujours émanciper ses enfants, car elle exerce alors cette puissance en son nom propre, et on ne peut objecter qu'elle nuit aux droits du père.

Mais en est-il de même lorsque le père se trouve seule-

ment dans l'impossibilité de fait d'exercer la puissance paternelle, s'il est interdit, aliéné, ou en état d'absence présumée ou déclarée ?

Toullier (t. 2, N° 1287), Valette et Proudhon (t. 2, p. 425) ont soutenu que la mère, lorsque le père n'est pas décédé, n'exerce la puissance paternelle que par délégation. Or, le père interdit peut recouvrer la raison, le père présumé ou même déclaré absent, peut revenir, la mère ne doit pas, dès lors, pouvoir changer définitivement l'état de l'enfant. D'ailleurs, l'art. 477 dit « à défaut du père », qui ne s'applique qu'à la mort.

D'autres auteurs distinguent entre le cas où l'enfant a moins de 18 ans et le cas où il atteint cet âge ; ils dénieut à la mère, dans le premier cas, le droit d'émanciper l'enfant, mais ils le lui accordent dans le second. Ils font reposer cette opinion sur ce que l'usufruit légal des biens de l'enfant, appartenant toujours au père, la mère ne peut, par sa seule volonté, anéantir le droit de jouissance légale. Mais lorsque l'enfant a atteint l'âge de 18 ans, l'intérêt de l'enfant n'est plus contre-balancé par le droit du père, et la mère peut procéder à l'émancipation (Fréminville, t. 2, art. 477, N° 2 ; Marcadé, t. 2, art. 477, N° 2).

Une troisième opinion reconnaît à la mère le droit d'émanciper l'enfant, quel que soit son âge, au-dessus ou même au-dessous de 18 ans. Mais dans ce dernier cas, elle réserve au père la jouissance légale des biens et décide que l'émancipation qu'elle autorise, ne fera pas néanmoins cesser l'usufruit légal du père (Duranton, t. 3, N° 655).

M. Demolombe (t. 8, N° 210) n'admet aucune de ces solutions, et croit, au contraire, que la mère peut émanciper l'enfant, même âgé de moins de 18 ans, et que l'émancipation, par elle conférée à l'enfant, produit dans ce cas, comme dans les autres cas, tous ses effets sans exception.

Il tire argument de l'art. 477, qui autorise la mère à émanciper l'enfant à défaut du père. Il estime que les expressions de cet article sont générales et qu'on ne saurait les restreindre au seul cas de mort.

On objecte que l'art. 478 n'autorise le conseil de famille à émanciper le mineur que lorsqu'il est resté sans père ni mère, expressions qui sembleraient ne s'appliquer qu'au cas où les père et mère sont morts ; d'où l'on pourrait conclure que la mère n'a pas plus de droits à cet égard, tant que le père existe encore, que le conseil de famille n'en a tant que le père ou la mère existe.

M. Demolombe croit que cet article n'a prévu que le cas le plus général et qu'il n'est pas limitatif ; et c'est ce qui lui paraît démontré par l'art. 2 du Code de commerce, qui 1° accorde à la mère le droit d'autoriser le mineur à faire le commerce en cas de décès, interdiction ou absence du père, et qui 2° nous apprend lui-même la définition et la portée de ces mots « à défaut du père », en ajoutant qu'il accorde le même droit au conseil de famille à défaut du père et de la mère, c'est-à-dire évidemment, en cas de décès, absence ou interdiction.

D'ailleurs, la puissance paternelle n'est pas seulement

un droit, elle est aussi un devoir et en quelque sorte une fonction. Il ne se peut donc pas que l'impossibilité personnelle où se trouve le père de l'exercer, en paralyse l'exercice au détriment des intérêts de l'enfant. La loi admet si peu l'idée que l'intérêt personnel du père doive peser sur les déterminations qui sont relatives à l'état et à l'intérêt de l'enfant, que c'est précisément afin d'éloigner ce danger qu'elle a fait cesser la jouissance légale à l'âge de 18 ans, avant la majorité.

Enfin, on ne peut admettre, ainsi que le fait Duranton, que le père conserve la jouissance légale des biens de l'enfant émancipé par sa mère.

En effet, aux termes de l'art. 384, le père n'a la jouissance légale des biens de son enfant que jusqu'à l'âge de 18 ans accomplis ou jusqu'à l'émancipation de l'enfant ; or, l'enfant est émancipé, le père ne peut donc plus avoir la jouissance légale. Nulle part le Code n'a parlé d'une émancipation restreinte. « Que serait-ce, dit M. Demolombe, que cette prétendue émancipation qui laisserait nécessairement dans les mains du père, avec la jouissance légale, la possession et l'administration des biens de l'enfant. »

Avec M. Demolombe, nous reconnaissons donc à la mère le droit d'émanciper ses enfants, quel que soit leur âge, sans aucune restriction.

Modifications apportées au droit de correction exercé par la mère. — Toutes les fois que la mère, pour une cause quelconque, exerce le droit de correction, elle ne

peut l'exercer qu'avec les modifications auxquelles la loi lui en soumet l'exercice dans sa personne. Ce que l'art. 381 dit à cet égard, par forme d'énonciation, de la mère survivante, est évidemment applicable dans les cas où, même du vivant du père, l'exercice du droit de correction lui échoit.

Examinons donc ces modifications.

« La mère, dit M. Demolombe (t. 6, N° 348), est en général plus faible que le père, plus accessible aux influences étrangères, plus prompte à s'alarmer, à céder à des résolutions irréfléchies. Il fallait donc la défendre contre elle-même, contre ses entraînements, la protéger aussi dans le cœur même de son enfant contre toute apparence de précipitation et d'injustice. »

Voilà pourquoi la loi déclare qu'elle ne peut exercer le droit de correction :

1° Que par voie de réquisition ; la distinction entre la voie d'autorité et la voie de réquisition lui est donc tout à fait étrangère, quels que soient l'âge et la position de l'enfant ;

2° Qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels.

Le consentement de ces derniers est nécessaire et non pas seulement leur avis ; aussi le refus de concours d'un seul des deux suffit pour faire rejeter la demande.

Mais si les deux plus proches parents paternels demeuraient à une distance telle qu'il ne fut pas raisonnablement possible d'obliger la mère à obtenir leurs concours,

M. Demolombe pense qu'ils pourraient être remplacés par des parents d'un degré plus éloigné, mais habitant les mêmes lieux que la mère, et il tire argument par analogie de l'art. 407. Ne serait-il pas préférable même, de préférer toujours à de proches parents n'ayant aucun rapport avec l'enfant, des parents qui, vivant à côté de lui, sont mieux à même d'apprécier les mesures à prendre en ce qui le concerne ?

En cas d'urgence, le concours de deux amis pourrait suffire dans tous les cas, c'est-à-dire lors même qu'il y aurait des parents domiciliés à peu de distance (de Belleyme, *Ordon sur référés*, t. 1, p. 14, note 3).

Mais supposons qu'il n'y ait point du tout de parents paternels.

Les uns disent :

La mère ne peut exercer le droit de correction que sous une condition : avec le concours de deux parents paternels.

Or, l'absence de parents paternels rend impossible l'accomplissement de cette condition à laquelle son droit est subordonné.

Donc, ce fait rend par cela même, impossible pour la mère l'exercice du droit de correction (Proudhon, t. 2, p. 247 ; Allemand, *Du Mariage*, t. II, N° 1091).

D'après d'autres auteurs, la puissance paternelle appartient, en principe, à la mère aussi bien qu'au père, il est vrai que l'art. 381 lui impose une certaine condition pour l'exercice du droit de correction ; mais il ne la lui impose

qu'autant que cette condition est possible à remplir. Or, l'absence de tout parent paternel en rend l'accomplissement impossible ; donc, la mère rentre alors dans la plénitude de ses pouvoirs, et elle a par elle-même et par elle seule, une autorité suffisante pour requérir la détention (Ducauvray, t. 1, N° 557 ; Toulier, t. 1, p. 483).

M. Demolombe (t. 6, N° 353) n'admet ni l'une ni l'autre de ces opinions : « Priver entièrement la mère de son pouvoir correctionnel, parce qu'il n'existe pas de parents paternels, c'est-à-dire pour une cause qui lui est étrangère, c'est méconnaître son droit à elle-même et aussi le véritable intérêt de l'enfant.

Lui laisser, au contraire, à elle-même et à elle seule le plein et libre exercice de ce pouvoir, c'est méconnaître la sa gesse de la loi qui a voulu l'entourer de garanties. »

Et ce qu'il y aurait de mieux à faire, ce serait de remplacer les deux parents paternels par deux alliés ou deux amis du père.

On objecte que ce choix n'offrirait aucune garantie, et que cette mesure serait inutile ; la mère ne pouvant agir que par voie de réquisition, c'est le Président du tribunal seul qui prononce, et son pouvoir d'appréciation offre une garantie suffisante.

Mais c'est aussi le Président qui prononce lorsqu'il existe des parents paternels, et pourtant la loi exige que la mère n'agisse qu'avec leur concours.

C'est aussi le Président qui prononcerait dans le cas où la mère se serait remariée, et pourtant la mère remariée ne peut plus même agir par voie de réquisition.

C'est que cette demande a déjà elle-même une grande influence auprès du Président ; c'est que très souvent le Président ne connaît ni l'enfant, ni la mère, ni les circonstances de fait.

La mère a-t-elle le droit d'abrégé la durée de la détention de son enfant, conformément à l'art. 379 ? Trois opinions ont été émises :

La première refuse à la mère le droit de pardonner à son enfant. Ses partisans raisonnent ainsi :

L'art. 379 ne concerne que le père ; il précède l'art. 381, lequel ne s'y réfère par aucune mention. La mère a moins de fermeté et de mesure ; on a pu craindre qu'elle ne compromît son autorité par des pardons irréfléchis qui ne feraient qu'enhardir de plus en plus l'enfant en lui révélant la faiblesse de sa mère (Proudhon, t. 1, p. 247).

Une deuxième opinion accorde à la mère le droit d'abrégé la détention, mais avec le concours des deux plus proches parents, de l'avis desquels la détention a été requise.

Ce mode est, dit-on, logique ; il fait cesser la détention par les mêmes formes qui sont employées pour l'opérer, et il éloigne ainsi le danger signalé par l'opinion qui précède. On n'a plus à craindre un pardon imprudent, ni la faiblesse de la mère (Marcadé, t. 2, art. 379, N° 403 ; Toullier, t. 1, p. 483).

Enfin, d'après M. Demolombe, la mère peut seule, aussi bien que le père, abréger la durée de la détention.

« Une chose d'abord me paraît certaine, dit-il, c'est qu'il

faut que la mère ait le droit, d'une manière ou de l'autre, de faire sortir son enfant de la maison où il est détenu.

Comment ! cet enfant témoignerait le plus vrai et le plus touchant repentir ; il aurait, par ses protestations, par ses larmes, expié très suffisamment sa faute, et sa mère ne pourrait pas, et nul ne pourrait (excepté donc le pouvoir suprême de l'Etat, en vertu de son droit constitutionnel de grâce) abréger la durée de sa punition !

Non, cela n'est pas possible, et je rejette sans hésiter cette opinion. »

Il rejette également la deuxième.

En principe, la puissance paternelle est commune au père et à la mère. La mère a donc tous les droits du père, si ces droits n'ont pas été modifiés à son égard par un texte spécial.

Mais l'art. 381 n'a modifié le droit de correction en ce qui concerne la mère, que sous le rapport de son exercice, il ne déroge qu'aux art. 377 et 380. Donc, les art. 378 et 379 demeurent applicables à la mère.

D'ailleurs, l'intervention des parents s'explique pour punir, mais non pour pardonner.

La mère, enfin, peut s'abstenir de punir, elle doit donc pouvoir faire cesser la punition.

Droit d'usufruit. — La mère a-t-elle droit à l'usufruit légal avant la dissolution du mariage si le père, interdit ou présumé absent, se trouve dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle, ou si la déchéance de ses droits a été prononcée contre lui ?

Marcadé (t. 2, p. 167) soutient que l'usufruit légal sert de compensation nécessaire et équitable aux peines et soins de l'éducation des enfants et de l'administration de leurs biens ; or, dans nos hypothèses, c'est la mère qui remplace le père dans tout ce qui se rapporte à l'administration de la personne et de la fortune des enfants, donc la mère doit profiter de l'usufruit.

Si l'on objecte que l'art. 384 n'accorde l'usufruit qu'au père durant le mariage, et, seulement après la dissolution du mariage, au survivant des père et mère, Marcadé répond que l'art. 373 porte que le père seul exerce l'autorité pendant le mariage, et l'art. 389 que le père est, durant le mariage, administrateur des biens de ses enfants mineurs. Or, les termes de ces articles n'empêchent pas de décider que la mère, même avant la dissolution du mariage, exercera l'autorité sur la personne des enfants et administrera leurs biens si le père est dans l'impossibilité physique ou morale de le faire. Il doit en être de même pour l'usufruit car indépendamment de la similitude des termes des art. 384, 373 et 389, il est clair que dans la pensée intime du législateur, il doit y avoir aussi similitude dans les conséquences qui s'attachent à ces divers articles.

M. Demolombe (t. 6, N° 481) s'est élevé avec force contre ce système.

Il réplique que les termes de l'art. 384 sont plus développés et plus énergiques que ceux des art. 373 et 389, car non seulement l'art. 384 porte comme les deux autres articles, ces mots : « après le mariage », mais en outre, il

ajoute ceux-ci qu'on ne trouve pas dans les deux autres :
« et après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère. »

Mais même en admettant que les termes des trois articles fussent identiques, l'identité des solutions sur les deux cas n'en résulterait pas nécessairement.

Si le père, d'après M. Demolombe, se trouve empêché d'exercer la puissance paternelle, c'est néanmoins en lui que continue de résider cette puissance, la mère n'exerce qu'une sorte d'intérim plus ou moins temporaire et provisoire, et en réalité elle ne fait alors qu'exercer les droits du mari.

L'art. 141 donne à la mère tous les droits du mari quant à l'éducation et à l'administration des biens des enfants. L'article n'ajoute pas l'usufruit légal, or, administration et usufruit ne sont pas synonymes, le texte refuse implicitement l'usufruit à la mère par le fait même qu'il ne lui défère que l'administration des biens. Ce que l'art. 141 décide pour le cas de présomption d'absence, doit être évidemment décidé pour tous cas semblables.

D'ailleurs, en confiant provisoirement à la mère l'éducation des enfants et l'administration de leurs biens, on ne lèse aucun des droits du mari. Il en serait tout autrement si on lui enlevait l'usufruit légal. Une telle mesure qui ferait passer de la tête du mari sur celle de la femme le droit lui-même d'usufruit n'aurait plus un caractère intérimaire et provisoire, elle déplacerait le droit.

L'usufruit légal ne peut appartenir qu'à celui à qui la loi l'accorde.

En cas de déchéance du père, la mère exerce la puissance paternelle en son propre nom, et, d'autre part, l'on n'a plus à craindre de léser les droits du mari puisque ceux-ci n'existent plus, la mère, dès lors, aura-t-elle l'usufruit ? Il semblerait logique de le lui accorder. Pour le lui refuser, on allègue que cet usufruit s'est éteint au profit des enfants eux-mêmes si la loi ne l'attribue pas de suite à la mère, et l'art. 384 ne le lui attribue pas. On fait remarquer ensuite que la privation de l'usufruit légal en cas de déchéance de la puissance paternelle est une peine, et que la loi n'atteindrait pas son but si l'usufruit était transmis à la mère. Dans la communauté, rien ne serait changé, le mari continuerait à jouir des biens de ses enfants. Sous les autres régimes, les revenus des époux étant presque toujours dépensés en commun, le mari ne serait pas non plus atteint.

Mais pour punir un coupable, faut-il donc frapper une innocente ? « C'est la loi qui a établi l'usufruit paternel, dit M. Demolombe, et lorsque, pour des considérations importantes, elle ne croit pas devoir l'accorder à la mère, celle-ci ne peut pas dire qu'on attente à son droit, car elle n'a d'autre droit que celui que la loi juge utile et convenable de lui accorder. »

L'usufruit éteint dans la personne du père se réunit donc à la propriété au profit des enfants, pour ne renaître qu'après la dissolution du mariage au profit de la mère si c'est elle qui survit ou si elle a obtenu un jugement de divorce contre son mari.

Toutefois, la loi du 24 juillet 1889 dispose dans son art. 9, §§ 1 et 3, que le tribunal décidera « si, dans l'intérêt de l'enfant, la mère exercera les droits de la puissance paternelle tels qu'ils sont définis par le Code civil. » Il ne semble pas douteux, surtout en présence de l'art. 1^{er} qui mentionne expressément parmi les droits résultant de la puissance paternelle ceux résultant des art. 372 à 387 du Code civil, que l'attribution de la puissance paternelle à la mère dans les différents cas prévus par cette loi, ne lui confère également le droit de jouissance légale.

CHAPITRE III

SÉPARATION DE FAIT. — DROITS DE LA MÈRE

L'expérience montre qu'en dehors des mariages désunis qui recourent au divorce ou à la séparation de corps pour rompre le lien conjugal, il en est un certain nombre, dans les grands centres surtout, où la séparation de fait existe entre les époux.

Quelle sera dans ce cas la situation de la mère à l'égard de ses enfants ? La loi est muette, et la jurisprudence très incertaine. Le père conservera-t-il toutes les prérogatives qu'il tient de l'art. 373, ou bien n'y a-t-il pas lieu d'admettre que le droit de garde, notamment, pourra être confié à la mère ?

Le tribunal de la Seine, dans un jugement du 20 janvier 1898, avait attribué à la mère la garde de l'enfant. Sa décision était ainsi motivée : « Attendu qu'il ressort des art. 372, 373 et 374 du Code civil, que l'autorité sur les enfants est, en principe, commune au père et à la mère, mais que le père, durant le mariage, l'exerce seul parce qu'il est le chef de la famille et qu'il est en même temps investi de la puissance maritale. Mais attendu que si le

père, au cours du mariage, méconnaissait les devoirs qui résultent pour lui de l'autorité qu'il détient par l'effet de la loi, la justice doit intervenir lorsqu'elle est requise, et prendre comme règle supérieure l'intérêt de l'enfant. Spécialement, lorsque le père, de parti pris et sans motif plausible, refuse à sa femme honorable et de mœurs irréprochables de la recevoir au domicile conjugal, les juges peuvent confier à la mère la garde de son enfant encore en bas-âge et que le père serait obligé de confier à des mains étrangères. Au surplus, une pareille attribution n'enlève au père l'exercice d'aucune des autres attributions de la puissance paternelle; et elle ne consacre qu'une mesure provisoire que le père peut, à toute époque, faire cesser en se soumettant à la loi, c'est-à-dire en faisant reprendre à sa femme la place à laquelle elle a droit à son foyer » (*La Loi* des 27 et 28 février 1898).

Mais ce jugement a été infirmé par un arrêt de la Cour de Paris, du 20 mai 1898. Il ressort de cet arrêt, que les tribunaux ne peuvent, en s'appuyant sur des circonstances de fait, et alors qu'il n'y a pas instance en séparation de corps ou en divorce, prescrire, relativement à la garde des enfants, des mesures qui auraient pour conséquence de porter atteinte au droit de puissance paternelle.

En conséquence, le fait qu'un mari a refusé de recevoir sa femme au domicile conjugal et que depuis cette époque, les époux vivaient en fait séparés, ne saurait, aucun grief n'étant articulé par la femme contre son mari dans ses rapports avec un enfant commun mineur, permettre aux

tribunaux d'intervenir pour enlever au père et attribuer à la mère la garde de cet enfant. Voici le dispositif de cet arrêt : « Considérant qu'aux termes de l'art. 373 du Code civil, le père a seul durant le mariage la puissance paternelle ; — Que la loi confère à lui seul cette autorité et qu'il en a l'exercice exclusif aussi longtemps que dure le mariage ; — Qu'il ne peut en être privé que dans les cas limitativement prévus par la loi ; — Qu'en dehors de ces cas, les tribunaux ne peuvent intervenir et priver le père des attributs de la puissance paternelle ; — Qu'ils ne peuvent, notamment, sans porter atteinte à cette puissance, enlever au père contre sa volonté et malgré son opposition, le droit de garde sur son enfant. — Considérant que si à la date du 10 mai 1897, Buvelot a refusé de recevoir sa femme au domicile conjugal, cette situation ne saurait à elle seule modifier le droit dévolu par la loi au père sur son enfant ; — Qu'aucun grief n'est établi, ni même articulé par la femme Buvelot contre son mari dans ses rapports avec sa fille ; — Que, dans ces conditions, et en dehors d'une instance en séparation ou en divorce, les tribunaux ne peuvent intervenir pour régler et limiter, au détriment du père, les attributions de la puissance paternelle... »

Mais on peut penser, ainsi que l'indiquait ces derniers mots, que la Cour s'est inspirée des circonstances de fait. L'art. 373 est, en effet, le principe. Pour y déroger, il est nécessaire que la conduite du père en fournisse des motifs. Or, ici, il n'y en avait pas d'après les constatations de la Cour.

Par un jugement du 5 avril 1911 (*Le Droit*, 27 octobre 1911), le tribunal civil de la Seine a de nouveau confié à une mère séparée de fait, la garde de son enfant. D'après ce jugement, les tribunaux ont, depuis comme avant la loi du 24 juillet 1889, le pouvoir de statuer sur les conflits survenant entre les époux pendant le mariage, quant à la garde et à l'éducation des enfants, et ce en l'absence de toute demande en divorce ou en séparation de corps, ainsi que de tout grief infamant susceptible de constituer une cause légale de déchéance.

Ils puisent ce droit, à défaut de texte précis, dans les sources mêmes de leur institution qui les font juges par essence des litiges de tout genre qui leur sont soumis, dès lors qu'on les place en face de circonstances ou d'états de fait constituant des conflits d'intérêts d'ordre matériel ou moral. Ils se fondent surtout sur les règles générales du droit naturel et du droit social concernant la fonction de haute tutelle dévolue à la justice pour assurer aux enfants la protection que leur doit la puissance publique, quand ceux qui, de par l'organisation légale de la famille, ont la mission primordiale et solidaire de la leur accorder, ont cessé de s'entendre sur les conditions de cette protection, et que le sort de l'enfant peut courir un véritable péril.

En dehors des cas de déchéance prévus, entraînant pour les parents indignes la perte totale des attributs de la puissance paternelle, se placent les hypothèses nombreuses n'entraînant pour les parents aucune réelle déconsidération, incapables par conséquent de motiver l'instance

grave et infamante que constitue une action en déchéance, et, pourtant, impliquant malgré tout des conflits très âpres, très troublants, aussi pernicieux à la paix du foyer qu'à la vie physique et morale des enfants et nécessitant, dès lors, la solution prompte imposée par le souci de l'intérêt des enfants.

Or, « attendu, dit le jugement, que ces cas, avant la loi de 1889, se confondant avec les cas d'indignité proprement dits, étaient soumis indistinctement à l'appréciation des tribunaux ; que ces derniers cas seuls ayant été prévus et réglementés par ladite loi, il n'est ni humain, ni logique d'admettre que les premiers, c'est-à-dire les conflits entre parents n'ayant pas démerité, n'aient pas continué à bénéficier du régime ancien, et de décider qu'après comme avant, ils ne doivent pas être soumis au contrôle de la justice ; que la loi de 1889 constituerait, dans la théorie contraire, un véritable recul incompatible avec l'évolution bienfaisante des mœurs et des tendances générales, puisque des situations aussi intéressantes qu'urgentes, autrefois réglées judiciairement, échapperaient à tout contrôle, au plus grand détriment des mineurs dont le sort appartiendrait exclusivement et mécaniquement au père par droit de puissance paternelle, quelque péril que cette domination aussi archaïquement entendue, soit de nature à leur faire encourir.

« Attendu que le seul exposé de ces considérations et de ces circonstances, suffit à justifier qu'il est bien de la mission du tribunal de statuer sur le différend qui lui est soumis... »

Le père ayant fait appel de ce jugement, celui-ci fut confirmé par un arrêt de la Cour de Paris, du 8 février 1912 (*Le Droit*, 26 et 27 février 1912). La Cour considère, en effet, que lorsqu'un père, pour contraindre sa femme à former une demande en divorce, emmène avec lui sa fille, la fait voyager et l'envoie même à l'étranger, il fait un usage abusif de la puissance paternelle ; que, pour s'opposer aux mesures commandées par les circonstances dont il est responsable, le père ne peut raisonnablement se prévaloir de la puissance paternelle qu'il exerce exclusivement en vue de la réussite de ses projets d'intimidation, et qu'il serait injuste de l'admettre à tirer, en quelque sorte, profit de ses propres torts.

Cette jurisprudence est l'application de la théorie suivante émise par Beudant (p. 351).

« En principe, le droit de celui qui exerce la puissance paternelle, est absolu et complet ; là où est la responsabilité légale et morale, là doit être la liberté d'action. Au regard de la famille, le droit du père n'est pas discutable ; mais que décider en cas de désaccord du père et de la mère ? Il n'y a pas d'accommodement possible entre eux. Si l'on ne tient compte que de la loi, le père a le droit d'imposer sa volonté. Toutefois, ici encore, il y a une limite, le droit cesse où l'abus commence. Il y a une limite où la fermeté de caractère devient de l'entêtement, où l'entêtement devient de l'excentricité, où l'excentricité touche à la folie. Par exemple, le père assigne à l'enfant une nouvelle résidence chaque semaine, lui fait changer tous les ans de

religion, lui inculque des idées bizarres, lui fait embrasser une carrière absolument en dehors de sa situation sociale. Aux tribunaux de décider, d'après les circonstances, en dehors des cas de déchéance encourus ou des cas de déchéance possibles, si ici trouve son application le droit des tribunaux de restreindre l'exercice de la puissance paternelle, quand matériellement ou moralement, l'intérêt de l'enfant est en péril. »

Cette opinion est également celle de M. Planiol (*Traité élém. de dr. civ.*, t. I, N° 1749). Mais si la jurisprudence est partagée sur la question, la doctrine ne l'est pas moins, et quelques auteurs se sont prononcés en faveur du respect absolu des droits de puissance paternelle dévolus au père par l'art. 373 du Code civil (Huc, t. III, N°s 174, 214 et suiv. ; Baudry-Lacantinerie, Chéneaux et Bonnecarrère, t. V, N°s 222, 272). Ces auteurs estiment que les tribunaux ne peuvent, dans le gouvernement de la famille, substituer leurs vues particulières à celles de son chef.

En outre, d'après M. Taudière (*Traité de la puissance paternelle*, p. 423), « le législateur de 1889 a émis des règles précises : la déchéance des parents est possible, mais seulement dans les hypothèses limitativement énumérées et suivant une procédure spéciale ; elle sera totale ou elle ne sera pas. Il a donc bien certainement entendu refuser aux magistrats un pouvoir de réglementation sur la matière en dehors des principes ainsi établis. » Et cet auteur fait ensuite remarquer que c'est subtilité pure que de présenter les mesures de détail prises par les juges, afin

de les légitimer, non comme des déchéances, mais comme de simples limitations de la puissance paternelle. Le retrait, à titre définitif, du droit de garde, ne constituerait pas une déchéance partielle parce que l'ex-titulaire de cette prérogative la pourrait recouvrer un jour ou l'autre s'il revenait à de meilleurs sentiments, et conserverait, en attendant, une aptitude théorique au droit de garde lui-même ; le père de famille, frappé en vertu de la loi de 1889, n'est-il pas dans une situation analogue, sauf qu'il est privé non plus d'un attribut unique, mais de l'ensemble des droits de la puissance paternelle ? Ainsi, « l'atteinte limitée au seul droit de garde est donc bien une déchéance, seulement c'est une déchéance partielle ; c'est même précisément celle-là que les adversaires de la déchéance totale obligatoire eussent voulu laisser prononcer par les juges à titre principal et distinct. Leur proposition a été repoussée tant au sein des commissions que lors du vote définitif lui-même ; elle est donc condamnée et ce n'est pas en équivoquant sur la dénomination à donner aux restrictions partielles de l'autorité paternelle qu'on le pourra sérieusement contester. La loi a substitué des règles strictes aux variations et aux incertitudes de la jurisprudence. »

Proposition de loi présentée par M. Marc Réville. — M. Réville pense qu'en l'état actuel de la législation, le droit de garde du père est absolu, et que si, pour un motif quelconque, pour forcer sa femme à demander le divorce, notamment, il enlève à cette dernière la garde ou la vue des enfants nés de leur mariage, aucune loi ne permet de

remédier à cette situation. Aussi a-t-il conçu une proposition de loi qu'il a déposée sur le bureau de la Chambre le 16 mars 1905.

M. Réville demande la consécration, par la loi, du droit que la mère non jugée indigne tient de la nature. Il suffirait, pour cela, d'après lui, de compléter l'art. 357 du Code pénal, afin de rendre obligatoire, sous la menace d'une peine en cas d'infraction pour chacun des époux, le respect des droits de son conjoint.

Il demande l'adjonction à l'art. 373 du Code civil, d'un paragraphe, aux termes duquel le droit pour chacun des époux, de voir ses enfants malgré l'opposition de l'autre, est formellement reconnu. En cas de difficulté, c'est le président du Tribunal civil qui serait chargé de la trancher.

Le magistrat (sans toucher à l'autorité paternelle si c'est la mère qui est demanderesse), réglerait avec prudence, mais avec équité, les conditions de lieu et d'heure aux quelles la partie demanderesse pourrait voir l'enfant soustrait à son affection. Il serait toujours loisible au défendeur, s'il croyait les intérêts de son enfant compromis par la fréquentation de la partie adverse, de saisir le tribunal au principal par une action en déchéance ou par une instance en séparation de corps ou en divorce, au cours et à la suite de laquelle le droit de garde des enfants serait définitivement fixé.

D'où cette proposition de loi :

Art. 1^{er}. — Il est ajouté à l'art. 373 C. civ. le paragraphe suivant :

Sauf le cas d'instance en séparation de corps ou en divorce, et en dehors des circonstances prévues par les lois du 24 juillet 1889 et du 19 avril 1898, aucun des deux époux ne peut être privé du droit de visiter les enfants nés de l'union commune dans les conditions et aux jour et lieu fixés par l'ordonnance du président du Tribunal civil, dont la décision sera exécutoire sur minute et nonobstant appel. Le président du Tribunal civil sera saisi par simple lettre recommandée de l'époux qui se prétendra lésé, il devra immédiatement demander au procureur de la République, des renseignements sommaires sur les deux époux, et dans les vingt-quatre heures suivantes, il recevra les explications des intéressés, et à l'expiration de ce délai, au plus tard, que la partie défenderesse se soit présentée ou non, il rendra son ordonnance.

Art. 2. — Il est ajouté le paragraphe suivant à l'art. 357 du Code pénal complété par la loi du 5 décembre 1901 :

En dehors des cas prévus au paragraphe précédent, celui des deux époux qui refusera d'exécuter l'ordonnance du président du Tribunal civil, prévue par l'art. 373, § 2 du Code civil, sera puni d'une amende de seize à cinq mille francs.

CHAPITRE IV

DROITS DE LA MÈRE APRÈS LA MORT DE SON MARI

Lorsque le père meurt, la puissance paternelle se trouve dévolue de plein droit à la mère survivante. Mais cela n'est pas tout, la mort du père donne lieu à l'organisation de la tutelle. Le législateur a pensé, en effet, qu'il était nécessaire qu'après la dissolution du mariage, un pouvoir nouveau, entouré de plus de garanties, s'élevât à côté de la puissance paternelle. Toutefois, il n'a pas voulu opposer ce pouvoir à la puissance paternelle, mais au contraire, les réunir, de là l'art. 390, ainsi conçu : « Après la dissolution du mariage, arrivé par la mort naturelle ou civile de l'un des époux, la tutelle des enfants mineurs et non émancipés, appartient de plein droit au survivant des père et mère. » Ainsi, la mère survivante sera, de plein droit, tutrice de ses enfants, même si elle est elle-même encore mineure.

Cette disposition est excellente, car la mère est la plus affectionnée des personnes qui peuvent prendre soin du mineur, et ainsi que le disait Tronchet (Locré, t. 7, p. 150), « il y a beaucoup de femmes capables de bien administrer un patrimoine, et qui le gouvernent d'autant mieux

qu'elles se défient assez de leurs lumières pour recourir aux conseils d'hommes sages. » D'ailleurs, dans les cas importants, le tuteur doit recourir au conseil de famille. La mère, tutrice, trouve ainsi auprès d'elle un secours nécessaire et forcé.

Mais alors que le père ne peut refuser la tutelle légale de ses enfants, l'art. 394 du Code civil dispose que « la mère n'est point tenue d'accepter la tutelle », et elle ne doit compte à personne des motifs qui l'ont déterminée à refuser.

Nous étudierons d'abord les droits de la mère, tutrice de ses enfants, et nous verrons ensuite quelle est sa situation lorsqu'elle n'exerce pas la tutelle.

§ 1. — La mère exerce la tutelle.

Tout d'abord, la mère peut-elle se démettre de la tutelle après l'avoir acceptée ? Des auteurs le pensent, estimant que si c'est dans l'intérêt de l'enfant que la loi permet à la mère de refuser la tutelle qui lui est offerte, l'intérêt de l'enfant exige de même que la tutrice ait la faculté de se démettre de ses fonctions si elle juge trop lourd pour elle ce fardeau (Baudry-Lacantinerie, Chéneau et Bonnetcarrière, t. 4, p. 387 ; Laurent, IV, N° 376 ; Huc, N° 273 ; C. p. r., Paris, 24 juillet 1835, S., 35, 2, 405).

Cette solution est repoussée par un grand nombre d'auteurs. Considérant la tutelle comme une charge obligatoire, ils décident que nul ne peut s'y soustraire qu'en

vertu d'une autorisation du législateur. L'art. 394 dérogeant à cette règle, doit être interprété restrictivement. Il dit simplement que la mère n'est pas tenue d'accepter la tutelle, il ne lui permet pas de renoncer à la tutelle après l'avoir acceptée. Cela est conforme au système suivi par le Code en matière d'excuses. Les excuses *a suscepta tutela* sont moins facilement admises que les excuses *a suscipienda tutela* (Demolombe, VII, N° 111 ; Aubry et Rau, I, § 99 *bis* ; Duranton, III, N° 423 ; Valette, sur Proudhon, II, p. 289).

Le tribunal de la Seine a rendu un jugement en ce sens (2 novembre 1895, S., 96, 2, 116) et motivé ainsi sa décision : « Attendu que la tutelle constitue une charge publique ; qu'en principe, toute personne doit accepter celle qui lui est déferée, soit par la loi, soit par la volonté du testateur, soit par le conseil de famille, et doit en continuer la gestion si elle n'a pas une cause légale d'excuse pour se dispenser de l'accepter ou pour s'en faire décharger ; — Attendu que les causes d'excuses ayant été déterminées et précisées par la loi elle-même, le conseil de famille et les tribunaux ne sauraient accueillir d'autres causes que celles qui sont énumérées dans le Code ; qu'admettre le contraire et élargir le cercle dans lequel il les a renfermées, ce serait usurper les droits du législateur et autoriser un arbitraire qu'il a entendu proscrire... »

Enfin, d'après une troisième opinion, la mère qui a accepté la tutelle, n'est pas, à la vérité, libre de se démettre à son gré de ses fonctions de tutrice ; mais le conseil de

famille peut admettre sa démission en dehors des cas d'excuse légale (Marcadé, t. 2, p. 191 ; Demante, t. 2, N° 143 bis).

La première de ces opinions nous semble préférable, comme garantissant le mieux les intérêts du mineur ; il serait à souhaiter qu'une disposition législative vint la confirmer expressément.

Limitation pouvant être apportée par le père à la tutelle de la mère. — L'art. 391 accorde au père le droit de « nommer à la mère survivante et tutrice, un conseil spécial, sans l'avis duquel elle ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle. Si le père spécifie les actes pour lesquels le conseil sera nommé, la tutrice sera habile à faire les autres sans son assistance. »

Cette nomination de conseil ne peut résulter que d'un acte de dernière volonté ou d'une déclaration faite devant le juge de paix, assisté de son greffier, ou devant notaires (art. 392).

La charge du conseil de tutelle prend fin par la mort du conseil, par son refus ou sa démission, la mère recouvre alors sa liberté d'action, à moins que le mari, en prévision de ces cas, n'ait institué plusieurs conseils qui seront appelés successivement dans l'ordre de leur nomination et à défaut l'un de l'autre.

Le conseil de tutelle est chargé d'assister la mère et de lui donner son avis, mais il ne concourt pas à la gestion de la tutelle. La sanction du défaut d'assistance du conseil dans les cas où cette assistance est requise, est la nullité de l'acte accompli par la mère

Conflit entre la mère et le conseil de tutelle. — Que doit-on décider si la mère et le conseil sont d'avis opposés ? La plupart des auteurs accordent à la mère un droit de recours, les uns devant le conseil de famille (Demolombe, VII, N° 95 ; Aubry et Rau, I, § 99 *bis* ; Vigié, I, N°s 716, 717), les autres devant le tribunal. Mais ces deux solutions se heurtent à de graves objections. Le conseil de famille n'a que des attributions limitées et aucun texte ne lui confère celle dont il s'agit. D'autre part, la loi n'a pas donné non plus au tribunal la mission de départager la mère et son conseil. Le rôle du tribunal consiste à homologuer les délibérations du conseil de famille et à statuer sur l'action en nullité dirigée contre les décisions prises par celui-ci. Les règles qui déterminent ses attributions sont d'ordre public et il est tenu de les respecter comme le ferait un particulier. Le tribunal, pas plus que le conseil de famille, n'a le pouvoir de se substituer au conseil de tutelle et de donner à la mère l'autorisation que celui-ci lui refuse. Aussi, des auteurs ont-ils décidé qu'il n'existait aucune voie de recours proprement dite (Laurent, IV, N° 380 ; Huc, III, N° 265 ; Marcadé, t. 2, art. 391, N° 1).

La solution qui nous paraît la meilleure est celle présentée par MM. Baudry-Lacantinerie, Chéneaux et Boncarrère (t. 4, N° 329). « Comme il faut bien que le conflit ait un terme, disent-ils, le conseil de famille pourrait, selon les circonstances, prononcer soit la destitution de la mère tutrice, si les faits démontent son incapacité ou son infidélité, soit celle du conseil de tutelle, si l'administration de

la tutelle est paralysée par la résistance injuste de celui-ci.

Proposition de loi relative au conseil de tutelle, présentée par M. Marc Réville. — L'art. 391 du Code civil accorde au père seul la faculté de nommer à la mère survivante et tutrice un conseil de tutelle, la mère prémourante ne possède pas ce droit à l'encontre de son mari. Ce droit, M. Marc Réville voudrait qu'on le lui donne (Chambre, séance du 16 mars 1905). « N'avons-nous pas tous connu, dit-il, des ménages où le père, joueur ou paresseux, ne conservait sa situation sociale que grâce à l'énergie de la femme, qui, une fois la séparation prononcée, reconstituait la fortune dissipée par le chef de la communauté, ou gérât avec sagesse et avec prudence les biens à elle échus ultérieurement par succession ou donation ? J'en ai rencontré un assez grand nombre, et je n'oublierai jamais les inquiétudes et les angoisses de ces vaillantes femmes à la pensée que si elles venaient à mourir avant leur mari, c'est ce dernier qui aurait à administrer, et qui dissiperait sans doute le bien péniblement remis en ordre par elle pour assurer l'avenir de leurs enfants. Je renonce à peindre leur désespoir quand, consulté par elles sur le moyen légal qu'elles avaient d'empêcher la possibilité d'une éventualité tant redoutée, j'étais obligé de dire qu'il n'en existait pas. »

Et M. Réville estime que si la disposition de l'art. 391 se justifie pour le père, il ne serait que juste d'en étendre le bénéfice à la mère, en lui permettant, pour le cas de son prédécès, de désigner au père survivant et tuteur de ses enfants, un conseil sans l'avis duquel il ne pourrait faire tout ou partie des actes relatifs à la tutelle.

Si l'on objecte que cette disposition porterait atteinte à l'autorité paternelle, M. Réville répond que cette autorité est battue en brèche par la loi pour le père indigne, pour le père divorcé ; qu'elle n'est pas détruite par la disposition qu'il propose, puisque c'est d'un simple conseil qu'il s'agit ; que, d'ailleurs, la mère survivante a seule l'exercice de l'autorité paternelle sur ses enfants et que nul n'a songé à dire que l'art. 391, vieux de cent ans, fit échec à l'autorité de la mère survivante sur ses enfants.

« La mère laissera quelquefois une fortune à ses enfants, il importe qu'elle puisse leur en assurer l'intégralité à leur majorité. La disposition proposée ne porterait pas atteinte aux droits du père en tant que père, mais en tant que tuteur, et la mère agirait un peu comme la donatrice qui, se défiant du tuteur des donataires, frappe les biens donnés d'inaliénabilité pendant la durée de la tutelle. »

Remarquons que la mère pourrait certainement opérer de cette manière, en ce qui concerne, du moins, la quotité de ses biens dont la loi lui permet de disposer, elle pourrait même priver son mari de son droit de jouissance légale sur les mêmes biens. Ces dispositions sont plus graves que ne le serait la nomination par la mère d'un conseil de tutelle, aussi accepterions-nous volontiers la proposition de M. Réville. Bien souvent, le conseil de famille, composé de parents éloignés ou d'amis, qui ne se rendent même pas en personne aux séances, n'offre qu'une garantie illusoire. Les intérêts du mineur seront en de meilleures mains, confiés à un homme, qui, choisi avec soin par une mère, sera

un homme d'expérience et soucieux de remplir de son mieux la tâche qu'on lui a confiée.

L'art. 391 serait modifié ainsi qu'il suit : Pourra néanmoins le prémourant des père et mère, nommer au survivant et tuteur, un conseil spécial, sans l'avis duquel celui-ci ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle. Si le prémourant spécifie les actes pour lesquels le conseil sera nommé, le survivant sera habile à faire les autres sans son assistance. »

Enfin, M. Réville ajoute que pour mettre sur le pied d'égalité la femme et le mari, il convient de rendre cette tutelle obligatoire pour les deux époux, quel que soit le survivant. Il convient donc d'abroger l'art. 394.

Difficultés résultant de la minorité de la mère.— D'après l'art. 442, le père et la mère, quoique mineurs, auront la tutelle de leurs enfants. En fait, le cas d'une mère mineure, tutrice de son enfant, se présente assez souvent.

La mère n'a alors pour les actes l'intéressant personnellement que la capacité d'un mineur émancipé. Supposons qu'elle veuille accomplir, pour le compte de son enfant, en qualité de tutrice, un des actes pour lesquels l'assistance de son curateur serait nécessaire si elle le faisait pour son propre compte. Sous quelles conditions pourra-t-elle agir valablement ? Le Code n'en dit rien et la doctrine est très hésitante sur cette question.

Les uns enseignent que la mère devra être assistée de son curateur pour les opérations dont il s'agit ici, dès lors que l'assistance du curateur est nécessaire pour habilitier le

mineur émancipé en vue de ses propres affaires , elle doit être également requise pour l'habiliter à gérer celles de son pupille. Mais c'est là, objecte-t-on, confondre les pouvoirs conférés à la tutrice avec la capacité personnelle du mineur émancipé. Le curateur n'a pas qualité pour intervenir dans la gestion de la tutelle (Marcadé, t. 2, N° 23 ; Laurent, IV, N° 375 ; Huc, III, N° 260 ; Trib. de la Seine, 27 févr. 1897, D., 97, 2, 303).

On a proposé aussi de nommer un tuteur *ad hoc* pour les actes dont nous nous occupons (Blœchel, *Analyse des princip. questions*, § 2). Mais la loi dit que le tuteur représente le mineur dans tous les actes de la vie civile. Il faudrait un texte pour restreindre ses pouvoirs et le remplacer dans ses fonctions, et ce texte fait défaut.

D'autres enfin, admettent que la mère mineure doit obtenir l'assistance du subrogé-tuteur. D'après eux, il ne s'agit pas de protéger les intérêts de la tutrice, donc l'intervention du curateur ne se justifie pas. Il s'agit de sauvegarder les intérêts du mineur en tutelle. Or, cette mission est dévolue au subrogé-tuteur. Mais là n'est pas le rôle du subrogé-tuteur. Il n'assiste pas le tuteur, il agit à la place de celui-ci quand il y a opposition d'intérêts entre le tuteur et son pupille. Ce n'est pas notre cas (Duranton, III, N° 502 ; Demolombe, VII, 465 ; Aubry et Rau, I, § 99).

Doit-on, dès lors, conclure que la mère doit être traitée comme une tutrice ordinaire malgré sa minorité ? L'art. 442 du Code civil ne contient, en effet, aucune restriction à son égard. Il serait cependant étrange que le mineur en

tutelle fut moins bien protégé que le mineur émancipé. Aussi, nous rallions-nous à la première solution, la plus simple, et qui a en outre l'avantage de ne pas détourner le subrogé-tuteur de son rôle normal.

Droits sur la personne de l'enfant. — Sur les biens de l'enfant, la mère a tous les droits du tuteur ordinaire, et l'art. 470 du Code civil la dispense même de fournir au subrogé-tuteur des états de situation de sa gestion. Conformément à l'art. 384, elle a la jouissance des biens de l'enfant. Mais, aux termes de l'art. 1442 du Code civil, elle perdrait la jouissance de ces biens si elle ne faisait pas faire inventaire après la mort de son mari. Etudions maintenant ses droits sur la personne de l'enfant.

La mère a la garde de son enfant et à elle seule incombe le soin de son éducation. Elle peut le placer dans un établissement de son choix, et lui faire donner telle instruction que bon lui semblera sans avoir à consulter sur ce sujet le conseil de famille. Mais celui-ci aurait à donner son avis si les revenus du mineur étaient insuffisants à payer les frais de son éducation, et il pourrait s'opposer à ce que la mère entamât pour ce motif le capital du mineur.

La mère possède sur son enfant le droit de correction inscrit dans l'art. 376 du Code civil. Nous avons étudié plus haut, au chapitre II, les conditions d'exercice de ce droit, nous n'y reviendrons pas.

La mère détenant seule la puissance paternelle a seule qualité pour consentir au mariage de son enfant (art. 149), à son engagement dans l'armée ou à son entrée dans les

ordres ou dans une congrégation religieuse. De même, son consentement sera nécessaire et suffisant pour permettre à son enfant de se donner en adoption. Enfin, l'art. 477 lui confère le droit d'émanciper l'enfant dès que celui-ci aura atteint l'âge de quinze ans révolus. La mère est seule juge de l'utilité de cette émancipation.

Aux termes de l'art. 397 du Code civil, la mère survivante a encore le droit de choisir un tuteur testamentaire à son enfant. Nous verrons que l'interprétation de cet article sur laquelle tout le monde est d'accord lorsque la mère est tutrice, soulève des difficultés quand la tutelle est confiée à une autre personne.

Effet de convol de la mère sur la tutelle légale dont elle est investie. — La femme qui se remarie est soumise à une nouvelle autorité, celle de son nouvel époux, qui devient chef de la famille, et cette autorité s'étend même sur les enfants du premier lit. En fait, c'est son nouveau mari qui gèrera la tutelle. Il convient donc de s'assurer que le nouveau mari est digne de cette gestion ; c'est ce qu'examinera le conseil de famille que la mère doit convoquer avant son mariage.

Si la mère a convoqué le conseil de famille avant son mariage, le conseil de conseil de famille peut alors conserver la tutelle à la mère en nommant son nouveau mari cotuteur, ou la lui retirer.

Il a été jugé :

Que la tutelle légale ne peut être enlevée à la mère en cas de convol, que pour des causes graves, et lorsque l'intérêt

des enfants le réclame impérieusement (Agen, 24 déc. 1860, S., 61, 2, 188).

Que, si à raison de certaines circonstances, dont l'appréciation est laissée au conseil de famille, l'intérêt des enfants exige que la mère qui convole en secondes noces, ne conserve pas la tutelle de ses enfants et soit ainsi dépouillée de l'administration de leurs biens, ce n'est que dans des cas exceptionnels, où il y aurait à craindre pour la direction morale de leur éducation, que la mère peut être totalement privée de cette direction (Paris, 9 mars 1854, S., 54, 2, 318).

La délibération du conseil de famille, en la supposant régulière, est-elle susceptible d'un recours au fond ? La question est vivement controversée. Dans le sens de l'affirmative, il a été jugé que la délibération d'un conseil de famille qui refuse de conserver la tutelle à la mère convoquant en secondes noces est susceptible, dans le cas surtout où cette décision n'a pas été prise à l'unanimité, de recours devant les tribunaux de la part de la mère qui veut se faire maintenir dans la tutelle (Agen, 24 déc. 1860, S., 61, 2, 188 ; Rouen, 26 nov. 1868, S., 69, 2, 48 ; Caen, 13 déc. 1897, D., 98, 2, 505. En ce sens : Laurent, IV, N° 170 ; Huc, III, 279).

Il a, au contraire, été jugé dans le sens de la négative, que la délibération régulière d'un conseil de famille qui nomme un tuteur n'est susceptible d'aucun recours devant les tribunaux (Angers, 4 nov. 1875, D., 76, 2, 31 ; Rouen, 27 juill. 1891, S., 92, 2, 53 ; Cass., 23 juin 1902, D., 02, 1, 347).

Le conseil de famille peut-il mettre des conditions au maintien de la mère dans la tutelle ? — La mère qui se remarie et que le conseil de famille maintient dans la tutelle, conserve dans ce cas la tutelle qui lui appartenait déjà, c'est-à-dire la tutelle légale. En principe, donc, elle ne saurait, pour l'administration et pour l'exercice de la puissance paternelle, être soumise par le conseil de famille à des obligations que la loi ne lui impose pas (Demolombe, VII, N° 146 ; Laurent, IV, N° 386 ; Baudry-Lacantinerie, Chéneaux et Bonnecarrère, IV, N° 341).

En conséquence, il a été jugé que le conseil de famille qui conserve la tutelle à la mère, n'a pas le droit de lui imposer comme condition qu'elle ne pourra recevoir les capitaux dus au mineur, sans l'assistance du subrogé-tuteur. Les paiements faits à la mère tutrice et à son second mari ont été déclarés valables (Caen, 30 déc. 1845, S., 46, 2, 622).

On reconnaît cependant au conseil de famille le droit de prendre certaines mesures qui lui seraient interdites si la mère gérait la tutelle. C'est ainsi qu'on a décidé que le conseil de famille qui a conservé la tutelle à une mère remariée, et nommé son mari co-tuteur, peut ensuite leur imposer l'obligation de fournir annuellement au subrogé-tuteur un état de leur gestion ; l'art. 470 du Code civil, qui affranchit le père et la mère de cette obligation, n'en exonère pas l'étranger qui, par le convol, entre dans la famille et devient, en fait, le seul administrateur de la fortune du mineur, et qui, comme chef d'une nouvelle famille, peut

avoir des intérêts en opposition avec le mineur (Grenoble, 21 juin 1854, D., 56, 2, 277).

Et la Cour de cassation, rejetant le pourvoi formé contre cet arrêt, a décidé que la règle générale fixée par l'art. 470, s'applique au co-tuteur de la mère remariée et, par conséquent, à la mère elle-même, et que la dispense de la formalité prescrite par cet article n'existe pour la mère tutrice qu'autant qu'elle n'est pas remariée (Cass., 5 mai 1856, D., 56, 1, 241).

En tout cas, les droits de la puissance paternelle étant inaliénables, les engagements relatifs à la personne des enfants pris par une mère remariée, dans une délibération du conseil de famille qui l'avait maintenue dans la tutelle, spécialement l'engagement de laisser lesdits enfants à l'aïeul paternel à certaines époques de l'année, de le consulter sur leur éducation et le choix de leur carrière, et d'accepter, en cas de dissentiment, la décision du conseil de famille, ne peuvent être considérés que comme lui imposant des devoirs purement moraux (Cass., 5 mars 1855, D., 55, 1, 341).

Il a été jugé également que le Conseil de famille ne peut, dans la délibération par laquelle il maintient la tutelle à la veuve qui convole en secondes noces, en confiant la garde de l'enfant à ses grands-parents, lesquels s'obligent à le nourrir et entretenir sans indemnité, déclarer que la mère ne pourra réclamer la garde de l'enfant qu'à charge de subvenir elle aussi sans indemnité à son entretien et à sa nourriture. La garde d'un enfant est, en effet, un des attri

buts de la puissance paternelle, qui ne saurait être subordonnée à une pareille condition (Rennes, 24 févr. 1883, S., 84, 2, 150).

Restrictions apportées aux droits de la mère remariée et maintenue dans la tutelle. — La mère remariée, bien que maintenue dans la tutelle, voit restreindre par la loi son autorité sur ses enfants, sur les points suivants :

1° *Droit de correction.* — Il résulte implicitement de la rédaction de l'art. 381, que la mère perd entièrement son droit de correction lorsqu'elle se remarie ;

2° *Droit de choisir un tuteur testamentaire.* — L'exercice de ce droit devient alors soumis à une restriction, d'après l'art. 400, « lorsque la mère remariée et maintenue dans la tutelle, aura fait choix d'un tuteur aux enfants de son premier lit, ce choix ne sera valable qu'autant qu'il sera confirmé par le conseil de famille. »

Toutefois, si ce choix n'est pas confirmé, la volonté exprimée par la mère n'en a pas moins pour effet d'écarter la tutelle des ascendants.

L'art. 400 devra recevoir son application, même si la mère remariée est redevenue veuve, car le principe énoncé en l'art. 399 est un principe général qui n'a pas été écrit seulement en vue de la mère remariée et non maintenue dans la tutelle. L'art. 400, d'autre part, est rédigé en termes absolus qui ne laissent place à aucune distinction. On peut d'ailleurs soutenir que les motifs de la loi subsistent encore, la mère ayant contracté par son nouveau mariage, des affections nouvelles et assumé des charges

qui peuvent nuire aux intérêts de ses enfants du premier lit (Demolombe, VII, 170 ; Duranton, III, 436 ; Demante, II, 148 bis ;

3° *Jouissance légale*. — L'art. 386 portait que la jouissance légale cessait à l'égard de la mère dans le cas d'un second mariage. Cette disposition a été abrogée par la loi du 22 février 1906 ; la mère conserve donc maintenant, malgré son second mariage, tous ses droits d'usufruit sur les biens des enfants de son premier lit.

Droits de la mère remariée à qui la tutelle n'a pas été conservée. — En principe, la mère, lors même qu'elle se remarie, n'en doit pas moins toujours conserver la garde et le soin de l'éducation des enfants de son premier mariage. Le Code civil qui a déterminé, par des textes précis, ces conséquences du convol de la mère, relativement à ses droits de puissance paternelle sur les enfants de son premier lit, n'enlève pas à la mère remariée, par le seul fait de son nouveau mariage, la garde et l'éducation de ses enfants. « En droit, l'existence et l'exercice de la puissance paternelle sont indépendants de la tutelle et de ses droits » (Demolombe, VI, N° 385).

Mais il peut se faire qu'il y ait intérêt à retirer la garde des enfants à la mère. En un tel cas, il appartient aux tribunaux de régler et concilier les droits respectifs de la mère et du nouveau tuteur en ce qui touche la surveillance des enfants et les relations de la famille. Ceci résulte notamment d'un arrêt de la Cour de Paris, du 9 mars 1854 (S., 54, 2, 319-1 :

« Considérant, dit cet arrêt, que dans l'espèce, si par des motifs que les circonstances expliquent, la veuve Bègue, devenue femme Gouverneur, a été déclarée par le conseil de famille, déchue de la tutelle de ses enfants, à raison de son second mariage ; si par les conséquences de cette décision, le tuteur nommé a été investi de l'administration des biens, et, dans une certaine mesure, de la personne des mineurs, ces droits doivent se concilier avec ceux qui appartiennent à la femme Gouverneur comme mère de ses enfants ; — Qu'il ne résulte pas des faits et des vagues inculpations sur lesquels s'appuie le conseil de famille, des raisons suffisantes pour que tous droits de surveillance et toutes relations de famille soient enlevées à la mère ; — Que, s'il est de l'intérêt des enfans qu'ils ne restent pas dans la maison de Gouverneur, et qu'ils soient placés dans une pension en rapport avec leur âge et leur position de fortune, il faut que la mère conserve le droit de les recevoir et garder chez elle soit une partie des jours fériés, soit pendant une partie des vacances, selon les règles de l'institution... Emendant et réformant, dit que les enfants, dans la pension dans laquelle ils sont ou seraient placés, laquelle sera choisie du consentement du tuteur et de la femme Gouverneur, et en cas de dissentiment, par justice, pourront être visités par leur mère ; que celle-ci aura faculté de les prendre et recevoir chez elle, la moitié des jours fériés et la moitié de la durée des vacances, selon les règles de l'institution, les enfants restant le surplus des jours fériés et des vacances, à la disposition du tuteur ou chez leur

mère, au cas où ce dernier n'userait pas de cette faculté... »

La Cour de cassation a décidé que le droit de surveillance et d'éducation de l'enfant n'est pas essentiellement attaché à la puissance paternelle et peut, par suite, être enlevé à la mère, et que l'arrêt qui refuse à une mère destituée de la tutelle le droit de surveillance sur ses enfants et le droit de communiquer avec eux ne peut être annulé comme portant atteinte aux droits de la puissance paternelle, la restriction qu'il apporte à ces droits devant être entendue seulement en ce qui concerne l'immixtion de la mère dans l'éducation de ses enfants, mais n'allant pas jusqu'à lui enlever les autres droits inhérents à ladite puissance, tels que celui de donner ou de refuser son consentement au mariage ou à l'adoption de ses enfants, ni le droit de les émanciper.

Et qu'il ne résulte aucune nullité de ce qu'un arrêt, sans prohiber d'une manière absolue le droit de communication d'une mère destituée de la tutelle de ses enfants, s'est borné à donner au tuteur, et en cas d'opposition de ce tuteur, au conseil de famille, le droit de régler, selon les circonstances, si les communications de la mère avec ses enfants peuvent être autorisées, et à quelle conditions elles auront lieu, sauf à la mère, dans le cas où elle croirait avoir à se plaindre de la délibération du conseil de famille, à se pourvoir contre elle devant l'autorité judiciaire (Cass., 3 mars 1856, D., 56, 1, 290).

Une autre opinion tend à investir toujours le tuteur de l'éducation du mineur, à l'exclusion de la mère. On fait

observer que lors de la discussion de l'art. 450, le mot surveillance employé dans le projet, fut remplacé par une disposition plus générale, dans la crainte qu'on avait de ne pas donner assez d'étendue au pouvoir du tuteur ; on rédigea ainsi l'article : le tuteur prendra soin de la personne du mineur. Or, on doit conclure de ce texte et de celui qui place le domicile du mineur chez son tuteur, que c'est à ce dernier seul qu'appartient le droit de régler ce qui concerne l'éducation de l'enfant, de fixer le lieu de sa résidence ; qu'autrement, son pouvoir serait contrarié, paralysé dans une foule de circonstances ; qu'il pourrait arriver qu'il se trouvât éloigné de son pupille à très grande distance ; que, dans une situation pareille, sa responsabilité s'évanouirait aussi, parce qu'il serait injuste de soumettre à une responsabilité à raison des délits commis par le pupille, un tuteur qui, étranger à l'éducation et à la surveillance de sa personne, n'aurait rien pu faire pour les prévenir ; qu'ainsi, le tuteur doit être libre des entraves que l'autorité paternelle pourrait lui susciter ; qu'à l'égard de la mère, elle conservera le droit au respect de son enfant, le droit de consentir à son mariage ; mais celui de diriger exclusivement l'éducation du pupille, c'est-à-dire une administration que la mère n'a pas été jugée digne de conserver, ce droit lui échappe nécessairement, et la loi naturelle le cède à l'influence de la loi civile.

Il a été jugé en ce sens :

1° Que l'administration du mineur, ce qui comprend son éducation et son entretien, appartient au tuteur, à

l'exclusion de la mère à qui, en raison de son convol, la tutelle n'a pas été laissée (Colmar, 29 août 1832, Dal. Rép., *Minorité*, p. 156, note 2) ;

2° Que, dans le cas où la tutelle des enfants n'a pas été conservée à la mère remariée, c'est au tuteur, sous l'inspection du conseil de famille, et non à la mère, qu'appartient le droit de diriger leur éducation ; qu'en conséquence, c'est au tuteur que les enfants doivent être remis et au conseil de famille à régler les frais d'éducation ; et s'il y a désaccord entre la mère et le tuteur sur le mode d'éducation ou le choix d'une pension, c'est la volonté du tuteur qui doit prévaloir (Lyon, 5 avril 1827, Dal. Rép. *Minorité*, p. 157, note 1).

La première opinion nous paraît de beaucoup préférable. Elle laisse à la mère le soin de remplir un devoir qu'elle tient de la nature, et dont elle s'acquittera presque toujours avec un dévouement que l'on ne rencontrera jamais chez le meilleur des tuteurs. Et si par hasard, il se trouve une mère oublieuse de ses devoirs, les intérêts du mineur seront assez protégés par l'intervention toujours possible des tribunaux.

§ 2. — La mère n'exerce pas la tutelle.

Droits sur la personne de l'enfant. — La mère qui n'exerce pas la tutelle conserve néanmoins la garde de son enfant mineur, encore que celui-ci ait son domicile chez son tuteur, et elle seule est chargée de l'éducation de l'en-

fant ; elle jouit, à cet effet, de la liberté la plus grande, et est complètement indépendante vis-à-vis du tuteur.

Cette règle, très logique, est en même temps fort sage, car on ne saurait, en principe, confier la personne et l'éducation de l'enfant à une garde meilleure que celle de sa mère. Il se peut très bien que la mère ne puisse pas gérer la tutelle proprement dite et qu'elle soit néanmoins très capable de bien élever l'enfant ; *aliud est tutela, aliud educatio*.

Tout ce que nous avons dit plus haut des droits de la mère tutrice sur la personne de son enfant : droits de correction, d'émancipation, de consentement au mariage et à l'adoption, s'applique également à la mère non tutrice, la loi ne fait pas de distinction.

On a cependant soutenu que la mère qui n'exerce pas la tutelle, ne pouvait pas nommer par testament un tuteur à son enfant. La raison en serait qu'on ne peut transmettre un droit qu'on ne possède pas (Duranton, III, 438 ; Demante, II, 146). D'après d'autres auteurs, il faut distinguer selon qu'au décès de la mère, la tutelle est ou n'est pas vacante ; dans le premier cas, ils valident le choix fait par la mère, et, dans le second, ils l'annulent, voulant éviter un changement de tuteur qu'ils estiment toujours nuisible (Toulier, II, p. 20 ; Massé et Vergé, I, p. 411)

Ce système peut offrir certains avantages pratiques, mais il ne repose sur aucun fondement juridique. Jamais les auteurs du Code n'ont entendu soumettre le droit pour la mère de choisir un tuteur à une condition suspensive.

L'art. 397 du Code civil pose le principe en termes très nets : « Le droit individuel de choisir un tuteur parent ou même étranger, n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère. » Les seules restrictions apportées à cette prérogative, sont celles inscrites dans les art. 399 et 400 qui, tous deux, règlent le cas où la mère s'est remariée. Ces articles sont la conséquence de la défaveur avec laquelle les auteurs du Code considéraient les seconds mariages et de la crainte qu'ils leur inspiraient au sujet des enfants. Ils sont le corollaire des art. 381, 395 et de l'ancien art. 386. Les motifs, aussi bien que les textes, font donc défaut pour priver la mère d'un droit que la loi lui confère expressément.

Droit sur les biens de l'enfant. — La gestion du patrimoine de l'enfant appartenant au tuteur, la mère n'a sur les biens de l'enfant qu'un droit de jouissance jusqu'à l'âge de 18 ans. C'est à elle que le tuteur devra remettre les revenus de l'enfant, et elle sera libre de les employer à son gré.

La situation de la mère est la même, qu'elle ait refusé la tutelle ou qu'elle en ait été destituée après l'avoir acceptée. La destitution de la tutelle n'entraîne pas, en effet, par elle-même la déchéance de la puissance paternelle. Avant la loi du 24 juillet 1889, on admettait que les tribunaux pouvaient exercer un droit de contrôle dans l'intérêt de l'enfant, et c'est ainsi, par exemple, qu'on permettait au tuteur de faire annuler l'émancipation lorsque la mère en la conférant avait agi non dans l'intérêt de l'enfant, mais

uniquement dans le but de mettre fin à la tutelle. Aujourd'hui, il n'en serait plus de même, car la loi du 24 juillet 1889 a supprimé le droit de contrôle des tribunaux ; le seul pouvoir qu'on puisse leur reconnaître, c'est celui de prononcer la déchéance de la puissance paternelle contre la mère dans les cas prévus par la loi.

CHAPITRE V

DRÖITS DE LA MÈRE PENDANT L'INSTANCE ET APRÈS LE JUGEMENT DE DIVORCE

§ 1. — Des droits de la mère pendant l'instance en divorce.

Lorsque l'instance en divorce est engagée, la vie commune est rompue, le président du tribunal assigne à la femme une résidence séparée. Dès lors, il devient nécessaire de statuer sur le sort de l'enfant. Qui, du père ou de la mère, en aura la garde ?

Le mariage n'étant pas dissous, le père a toujours seul l'exercice de la puissance paternelle. C'est donc lui qui a seul le droit de prendre toutes décisions à son égard. Mais il est à craindre, étant donné la situation particulière, que dans ses décisions, l'opinion de la mère ne soit négligée et l'intérêt de l'enfant sacrifié.

Pour remédier à cet état de choses, le législateur a édicté la disposition suivante dans l'art. 238 : « Le juge statue sur la garde provisoire des enfants. »

Toutefois, il ne faut pas attacher à « la garde » au cours de l'instance, la même signification qu'au droit « de garde » conféré à l'un des époux après le divorce.

Le juge statue sur la garde provisoire, c'est dire : l'enfant habitera chez tel époux qui lui paraîtra remplir les meilleures conditions pour pourvoir à tous ses besoins. Il n'y a pas dans le mot « garde » l'idée d'un droit aussi absolu que sera celui qui résultera de la décision définitive, parce que la situation juridique n'est pas la même.

Pendant l'instance en divorce, le père continue à exercer seul la puissance paternelle. « L'administration provisoire des enfants restera au mari demandeur ou défendeur en divorce, était-il dit à l'art. 267 du Code civil actuellement abrogé, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal, sur la demande soit de la mère, soit de la famille ou du ministère public, pour le plus grand avantage des enfants. » L'esprit du législateur était donc que le tribunal, qui fixait les mesures provisoires, ne changeât rien à ce qui existait pendant le mariage, à moins que l'intérêt de l'enfant ne nécessitât d'autres mesures. Le législateur de 1884 s'est borné à prescrire que le président statuerait sur la garde des enfants. En cela, il montrait que sa préoccupation était bien plutôt d'assurer le bien des enfants que de sauvegarder les droits des parents, mais il n'en demeure pas moins certain, à notre avis, que les mesures provisoires doivent être interprétées dans le sens le plus étroit, et que tous les attributs de la puissance paternelle dont l'exercice n'a pas été enlevé au père, subsistent entre ses mains.

Néanmoins, les pouvoirs du juge sont étendus. Il peut, s'il le croit utile, interdire à la mère de voir son enfant autrement que devant des témoins. Il peut confier la garde

à un tiers. Les motifs sont tirés de la conduite, de la profession des époux, de l'âge de l'enfant, de son sexe (Paris, 22 nov. 1892 ; D., 92, 2, 523).

La loi du 5 décembre 1901 a donné aux décisions sur la garde de l'enfant, une sanction pénale en créant les délits d'enlèvement et de non-représentation d'enfant. Le législateur a inséré une disposition frappant ces délits en suite de l'art. 357 du Code pénal.

Pour qu'il y ait délit, il faut que « l'enfant soit enlevé ou détourné des mains de ceux auxquels sa garde a été confiée, ou des lieux où ces derniers l'ont placé. » En réalité, le fait de ne pas obtempérer à une décision de justice statuant sur le sort des enfants, ou d'en rendre l'exécution impossible, constitue le délit et tombe sous le coup de la loi (Trib. correct. de Lille, 20 févr. 1902 ; *Gaz. Trib.*, 5 mars 1902, D., 03, 2, 44).

Par conséquent, dès que l'ordonnance est rendue, et après une mise en demeure de l'époux gardien, le délit peut prendre naissance (Cass., 18 mai 1905 ; *Gaz. Palais*, 17 juill. 1905 ; Seine, 30 déc. 1901 ; *Gaz. Trib.*, 31 déc. 1901).

§ 2. — Droits de la mère après le jugement de divorce.

Le jugement de divorce apporte de nombreuses modifications à la puissance paternelle, ou tout au moins à son exercice.

Quelles sont donc au juste les conséquences de ce juge-

ment ? Certains auteurs pensent qu'il a pour effet de déchoir de la puissance paternelle l'époux contre lequel il est prononcé, et de donner ouverture à la tutelle au profit de celui qui a obtenu le divorce. « Après le divorce, dit Zachariæ (éd. Massé et Vergé, t. 1, p. 271, § 148), les droits de puissance paternelle n'appartiennent qu'à l'époux qui a obtenu le divorce ; l'autre époux est considéré comme mort, sous réserve, toutefois, des exceptions que la loi établit ou permet au juge d'apporter à cette règle. La tutelle des enfants nés du mariage appartient donc à l'époux qui a obtenu le divorce. »

Pour justifier cette décision, Zachariæ argumente des art. 302 et 386 du Code civil, qui frappent de déchéance l'époux coupable. Mais la jurisprudence admet, depuis la loi du 24 juillet 1889, que la puissance paternelle est indivisible, il ne peut donc être question d'une déchéance partielle de la puissance paternelle. D'autre part, la loi de 1889 ne mentionne pas le divorce parmi les causes de déchéance, or, l'énumération qu'elle fournit est certainement limitative. L'art. 303, d'ailleurs, conserve au père et à la mère le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants, ce qui montre bien qu'aucun d'eux n'est, à proprement parler, déchu de la puissance paternelle. Enfin, l'art. 302 permet au tribunal d'accorder la garde de l'enfant à l'époux contre qui le divorce a été prononcé ; comment cet époux exercerait-il des droits dont il serait déchu ?

Nous ne saurions admettre non plus que le divorce donne

lieu à l'ouverture de la tutelle, car la loi a prévu limitativement les cas dans lesquels la tutelle prend naissance, et parmi ces cas ne figure pas le divorce.

D'autres auteurs ont soutenu que le père continuerait après le divorce à être le seul détenteur de la puissance paternelle. D'après Demolombe, partisan de cette opinion (Demolombe, t. IV, p. 579), le législateur a donné à la puissance paternelle une durée illimitée que seule la mort peut faire cesser, et il a établi le père seul détenteur de cette autorité. Sans doute, on lit à l'art. 373 les mots « durant le mariage », mais le législateur, en écrivant ces mots, ne songeait qu'à la dissolution par la mort, il suffit pour s'en convaincre, ajoute M. Demolombe, de rapprocher l'art. 373 de l'art. 384 relatif à l'usufruit légal : « Le père, durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère... »

La dissolution du mariage par le divorce n'ayant pas été prévue par le législateur, le père doit donc rester seul investi de la puissance paternelle.

On peut reprocher à ce système de considérer la puissance paternelle comme étant établie dans l'intérêt du père plutôt que dans un but de protection de l'enfant. La puissance paternelle n'est pas le privilège exclusif du père, et la mère la détient au même titre que son mari, seul l'exercice lui en est refusé. En l'absence de texte, a-t-on le droit d'étendre le droit du père à un cas que la loi n'a certainement pas prévu ? Nous ne le croyons pas, la situation créée par le divorce est trop différente de celle qui existait durant le mariage.

Proudhon, qui a également soutenu cette théorie (*Traité de l'Usufruit*, t. 1, p. 525), s'appuie sur les art. 302 et 303, qui réservent au père et à la mère respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants, pour prétendre que la puissance paternelle subsiste dans son intégrité. Et, pour soutenir sa thèse, il commet une confusion entre la tutelle et la puissance paternelle. Il déduit de ce que le divorce n'est pas une cause de destitution de la tutelle, le père conserve sur ses enfants mineurs la puissance paternelle. Or, en matière de divorce, point n'est question de tutelle, la tutelle, nous l'avons dit plus haut, est une institution qui ne peut exister qu'après le décès de l'un des époux. Cette institution peut avoir quelques analogies avec la puissance paternelle, mais elle est absolument distincte, surtout par son origine. Ces deux institutions ne peuvent donc avoir aucune influence l'une sur l'autre.

Deux autres opinions ont été émises, elles partent de ce principe que le père et la mère, après le divorce, ont des droits égaux sur l'enfant, ce qui nous apparaît plus conforme à l'esprit de la loi. L'art. 373, en effet, n'a de raison d'être que durant le mariage. Le mari est alors le chef, la femme lui doit obéissance, il est logique qu'il ait seul l'exercice de la puissance paternelle. Ces raisons n'existent plus en cas de divorce, et chacun des époux doit reprendre l'exercice de son droit sans autre limite que le droit concurrent de son ancien conjoint (Trib. Seine, 25 nov. 1896, D., 97, 2, 297 ; Paris, 19 juill. 1906, *Le Droit* du 5 sept.

1906). Il n'y a pas dans la suppression du privilège du père la moindre déchéance, son droit reste entier, l'exercice exclusif du droit lui est seul enlevé parce que la cause même qui donnait naissance à ce droit, le mariage, a cessé.

Mais ici les deux opinions que nous exposons, après avoir admis ce principe, ne l'appliquent pas de la même façon.

Laurent veut que les parents divorcés exercent la puissance paternelle concurremment (Laurent, 3^e édit., t. III, N^o 294).

Les auteurs les plus modernes, MM. Baudry-Lacantinerie et Huc, veulent qu'après le divorce, l'exercice de la puissance paternelle appartienne à l'époux à qui la garde est confiée (Baudry-Lacantinerie, t. III, p. 171 ; Huc, t. II, N^{os} 422 et suiv.).

C'est à cette dernière théorie que s'est ralliée la jurisprudence. La raison qui l'a fait adopter, c'est quelle est de toutes la plus pratique. En effet, pour connaître si l'un des époux a le pouvoir de faire un acte quelconque, il suffit de savoir s'il a ou non la garde. Mais on arrive ainsi à donner au droit de garde une extension qui n'était pas sans doute dans l'idée du législateur. Aussi, l'opinion de Laurent nous semble préférable, qui pense que la puissance paternelle est exercée après le divorce par les deux parents. Le tribunal, en déterminant à qui appartient le droit de garde, se borne simplement à confier à l'un des époux l'exercice d'un attribut de la puissance paternelle, en laissant aux deux époux l'exercice de tous les autres attributs. Si l'exer-

cice de ces attributs fait l'objet d'un désaccord, le tribunal le tranchera. En tout cas, l'exercice de la puissance paternelle, c'est-à-dire l'initiative des actes qui concernent ses divers attributs, est laissée aux deux époux.

Au contraire, dans l'opinion de MM. Baudry-Lacantinerie et Huc, l'époux à qui la garde est refusée, est paralysé dès le jugement qui prononce le divorce. Il ne peut plus prendre l'initiative d'aucun acte, il ne peut intervenir qu'en combattant devant les juges une décision prise par son conjoint, ce qui est souvent injuste. En effet, il arrive fréquemment que l'époux à qui la garde est confiée, a succombé dans l'instance en divorce, et il n'est pas équitable de réduire l'autre parent à ce rôle amoindri qui a des analogies avec celui d'une personne déchue de la puissance paternelle.

Nous allons suivre maintenant, en examinant les divers attributs de la puissance paternelle, les décisions de la jurisprudence.

Droit de garde. — Aux termes de l'art. 302, « les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille ou du ministère public, n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'entre eux seront confiés aux soins soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne.

Ainsi, l'idée maîtresse qui doit guider les décisions des magistrats, est « le plus grand avantage des enfants. »

Cet avantage, ainsi que l'équité, commande d'une façon

générale, que l'enfant soit confié à l'époux en faveur duquel a été prononcé le divorce ; c'est souvent, en effet, celui dont la conduite est sans reproche. Cette solution est la plus fréquente, mais l'intérêt de l'enfant la fait parfois écarter. On peut être, a-t-on dit, bon mari et mauvais père, bonne mère et mauvaise épouse. C'est ainsi que les tribunaux donnent presque toujours à la mère, même coupable, la garde des enfants en bas âge (Cass., 3 janv. 1893, D., 1896, 1, 126).

La Cour de Paris ne considéra pas comme une mère indigne une femme qui avait attenté à la vie de son mari (Paris, 20 oct. 1886, D., 88, 2, 101).

Enfin, on a même vu les tribunaux confier la garde aux deux parents, alternativement, chacun pendant six mois (Auxerre, 8 mars 1905, *Le Droit*, 8 avril 1905). « Attendu, dit ce jugement, que pour attribuer au père et à la mère un droit égal à la garde de l'enfant, le jugement de divorce est basé sur ce motif que l'un et l'autre, malgré leurs torts respectifs, offraient, à raison de leur honorabilité, une égale garantie pour l'éducation de l'enfant, dont les intérêts étaient ainsi sauvegardés. »

A l'inverse, si ce même intérêt de l'enfant l'exige, l'exercice du droit de garde sera enlevé au père et à la mère, et l'enfant sera confié à un tiers (Cass., 16 juill. 1889, D., 1889, 1, 456 ; Cass., 28 févr. 1893, D., 93, 1, 279). Il s'agit parfois de soustraire l'enfant au contact de parents indignes. D'autres fois, l'époux qui obtient le divorce, ne peut à cause de sa profession, qui le retient constamment

dehors, s'occuper des enfants (Paris, 15 nov. 1899, D., 2, 307).

L'étendue du droit de garde est fixée par le tribunal. Celui-ci peut, après avoir confié la garde à la mère, en faveur de qui le divorce a été prononcé, décider que l'enfant sera placé dans telle maison d'éducation, que son père aura le droit de le faire sortir le jeudi, sa mère le dimanche, et qu'il passera un mois de ses vacances chez chacun de ses parents. Dans ce cas, le droit de garde ne se trouve plus être qu'un droit honoraire.

L'époux qui n'aura pas obtenu la garde, aura le plus souvent le droit de visite, c'est-à-dire le droit d'aller voir ou de faire venir chez lui aux jours et heures fixés par le tribunal, son enfant dont il pourra ainsi se conserver l'affection. Ce droit peut être refusé à l'époux dont l'inconduite est notoire.

Enfin, l'époux qui n'a pas obtenu la garde, possède le droit de surveillance. Le droit de garde entraîne la charge de l'enfant. L'époux qui n'en est pas investi, conserve le droit de veiller à ce que cette charge soit bien remplie par son ancien conjoint, mais ce droit n'est que la conséquence de ce que le lien de filiation n'étant pas rompu par le divorce, celui des parents qui s'est vu refuser la garde, conserve toutes ses obligations à l'égard de son enfant et aussi ses droits dans la mesure où ils ne lui sont pas retirés.

C'est ce qui fait qu'à côté de l'art. 302, qui traite de la garde, l'art. 303 ajoute : « Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les père et mère conser-

veront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants, et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés. »

Ce droit de surveillance est le droit pour l'époux, non gardien, de veiller à ce que l'enfant soit traité avec toute la sollicitude à laquelle il a droit, qu'il reçoive une éducation conforme à ses aptitudes, à la fortune de ses parents et à leur situation.

Supposons que le père, à qui la garde des enfants était confiée, vienne à mourir, la garde appartiendra-t-elle de plein droit à la mère ? Il résulte d'un arrêt de la Cour de Paris, confirmant un jugement du tribunal civil de la Seine, que la mort du père a pour « résultat *ipso jure* de restituer la mère dans celui de ses attributs qui en avait été détaché en faveur du père seul » (Paris, 14 juin 1892, D., 93, 2, 81, et Cass., 13 août 1884, D., 85, 1, 40). On conclut de là qu'il n'appartiendrait pas aux tribunaux de confier alors la garde de l'enfant à une tierce personne, aussi longtemps du moins que la mère n'aura pas été déclarée déchue de sa puissance, conformément à la loi du 24 juillet 1889.

Cette solution ne nous semble pas devoir être approuvée. La prétendue restitution *ipso jure* de la mère dans tous les attributs de la puissance paternelle paraît contraire, non seulement au texte de l'art. 302 du Code civil, mais aussi aux intérêts véritables de l'enfant, dont les tribunaux doivent demeurer continuellement les appréciateurs souverains.

Combien préférable est, à notre avis, la décision contraire donnée par cette même Cour de Paris, pour le cas où l'époux, à qui la garde des enfants a été confiée, est atteint plus tard d'aliénation mentale et interné dans un asile d'aliénés. La Cour, après le tribunal de la Seine, estime qu'il appartient à l'autorité judiciaire de confier l'enfant à une tierce personne, et cela bien que l'époux qui réclame la garde de ses enfants, n'ait été aucunement déchu de sa puissance. La solution trouve un appui solide dans l'art. 302 du Code civil, qui permet au tribunal de confier l'enfant soit à l'un des époux, soit à une tierce personne. Il paraît assez équitable que si la personne primitivement désignée vient à se trouver dans l'impossibilité de remplir sa mission, le tribunal use à nouveau de la faculté qui lui est conférée par l'art. 302.

La mère, à qui la garde des enfants a été confiée, et qui se remarie, n'est pas déchue de plein droit de la garde de ses enfants ; il appartient aux juges d'examiner la situation née par le second mariage et de rechercher si elle présente pour les enfants toutes les garanties désirables ; au cas d'affirmative, ils peuvent maintenir la décision primitive et laisser à la mère remariée la garde des enfants (Paris, 16 janv. 1906, *Le Droit*, 21 févr. 1906). A rapprocher, un arrêt rendu dans le même sens par la même juridiction et dans une hypothèse beaucoup plus défavorable à l'époux divorcé, qui paraissait convaincu d'avoir épousé son complice (Paris, 26 juill. 1887, D., 88, 2, 64).

Droit d'éducation. — Le père a seul pouvoir, durant le

mariage, de choisir le mode d'éducation à donner à l'enfant. Après le divorce, au contraire, la mère peut demander au tribunal de modifier les décisions prises par son mari. Elle tire ce droit de l'art. 303, et ce droit est aussi énergique et aussi actif que le droit de garde lui-même, puisqu'il est capable de tenir en échec la décision du gardien. Toutefois, un arrêt de la Cour de Chambéry (15 nov. 1887, Fuzier-Hermann, *Divorce*, N° 4079), a jugé que, lorsque la Cour avait confié au père la garde personnelle de sa fille, elle avait entendu, par le fait, lui rendre d'une manière absolue et complète, l'exercice de la puissance paternelle dont la loi l'investit ; qu'à lui seul, dès lors, appartenait d'apprécier s'il convenait ou non de la placer dans une maison d'éducation. Cet arrêt montre bien l'intention de la Cour de ne pas se substituer à la puissance paternelle, mais il ne sanctionne pas le droit de surveillance de la mère, ce qui est contraire, autant à l'esprit qu'à la lettre de la loi. Cette opinion n'a pas prévalu devant la Cour de cassation qui, elle, admet la mère à critiquer les décisions du père sur l'éducation des enfants (Cass., 27 janv. 1904, *Le Droit*, 12 juin 1904). Réciproquement, si la garde a été confiée à la mère, les décisions prises par cette dernière ne vaudront qu'autant qu'elles auront été acceptées par le père.

Droit de correction. — D'après l'art. 375 du Code civil, le père seul possède le droit de correction durant le mariage. Quel est, sur ce droit, l'effet du divorce ? La loi est muette. Le droit de correction appartient-il, dès lors, con-

jointement au père et à la mère ? Nous pensons, avec M. Planiol (*Traité élém. droit civil*, t. I, N° 1668), que le droit de correction est un accessoire du droit de garde dont il est inséparable, et que, par suite, l'exercice en est dévolu à celui des époux qui a obtenu la garde de l'enfant.

Mais, bien que la loi n'en ait rien dit, nous estimons que le droit de correction entre les mains de la mère divorcée, doit subir les mêmes restrictions que celles imposées par l'art. 381 à la veuve. L'identité des motifs commande cette décision.

Engagement dans l'armée. — L'art. 50 de la loi du 21 mars 1905 sur le recrutement de l'armée, est ainsi conçu : « Tout Français ou naturalisé Français... peuvent être admis à contracter un engagement volontaire dans l'armée active, aux conditions suivantes : L'engagé volontaire doit :

« ... 6° S'il a moins de vingt ans, être pourvu du consentement de ses père et mère...

« En cas de divorce ou de séparation de corps, le consentement de celui des époux auquel la garde de l'enfant aura été confiée, sera nécessaire et suffisant. »

Ainsi, le consentement de la mère ne sera exigé qu'autant qu'elle aura la garde de son fils.

Droit d'émancipation. — L'émancipation produit un changement d'état dans la personne du mineur, elle lui donne une certaine capacité, elle a donc pour conséquence la restriction des droits de la puissance paternelle.

Le père et la mère, s'ils sont d'accord, pourront émanciper leur enfant, ils ne feront là qu'exercer concurrem-

ment leurs droits, ou plutôt que renoncer à ces droits dans la limite où la loi le permet.

Mais un seul d'entre eux pourra-t-il émanciper un enfant commun ?

Avec la majorité des auteurs, nous ne le pensons pas. Nous avons dit plus haut, en effet, qu'après le divorce, chacun des époux était détenteur de la puissance paternelle. Seule la déchéance pourrait les priver de ces droits. La décision qui confère le droit de garde à l'un des époux ne prive pas l'autre de la puissance paternelle, la preuve en est qu'il conserve toujours un droit de surveillance. Par conséquent, l'époux investi de l'exercice du droit de garde ne saurait puiser dans cet exercice le droit de supprimer, au profit de l'enfant et au préjudice de son ancien conjoint, les droits dont il n'a que l'exercice.

En cas de désaccord, celui des parents désireux d'émanciper l'enfant, ne pourrait-il pas citer l'opposant devant le tribunal, dont le rôle serait, non de prononcer l'émancipation, mais de départager les parents et de dire que le consentement du demandeur étant suffisant, le juge de paix sera tenu de recevoir l'émancipation ? Nous croyons que le tribunal n'a pas ce pouvoir ; sans doute, le tribunal a le devoir de sauvegarder les intérêts de l'enfant, et l'utilité de l'émancipation peut être évidente, mais les tribunaux doivent aussi respecter la puissance paternelle. Or, autoriser l'émancipation, ce serait prononcer contre celui des parents qui s'y opposait, une déchéance partielle de la puissance paternelle. Cela est inadmissible puisque la juris-

prudence elle-même reconnaît que la puissance paternelle est indivisible.

Certains auteurs ont prétendu que le père conserve après le divorce le droit exclusif d'émanciper, si bon lui semble, un enfant, même s'il n'en a pas la garde (Huc, t. II, p. 351, 431 ; Aubry et Rau, § 129, p. 833). D'autres, que ce droit appartenait conjointement au père et à la mère.

Mais le Code n'accorde au père seul le droit d'émancipation que durant le mariage, après le divorce, il ne peut porter atteinte aux droits de la mère ainsi que nous venons de le dire.

La jurisprudence, pour annuler une émancipation faite par l'un des époux, généralement celui à qui la garde est retirée, invoque le caractère frauduleux de l'acte. Ces décisions font résulter la fraude de ce que l'acte n'a eu pour but que d'enlever à l'autre parent les droits et prérogatives qui lui ont été conférés par le jugement de divorce (Seine, 12 juin 1891, *Gaz. Trib.*, 10 juill. 1891). Ces décisions seraient mieux motivées par le défaut d'observation des conditions de fond de l'émancipation.

Droit de consentir à l'adoption. — L'art. 346 exige que l'enfant mineur de 25 ans, qui veut se donner en adoption, rapporte le consentement de son père et de sa mère. Si donc ses parents sont divorcés, il n'y aura changement, et il devra se munir de ce double consentement. Il ne saurait y avoir aucune difficulté sur ce sujet.

Droit de consentir au mariage. — L'enfant, pour se marier, doit obtenir le consentement de ses père et mère.

Comment, en cas de divorce, le dissentiment des anciens époux sera-t-il tranché ?

Avant la loi du 20 juin 1896, cette question était très discutée. Certains prétendaient que l'avis de l'époux innocent devait prévaloir. Mais la plupart soutenaient que, malgré le divorce, l'art. 148 restait en vigueur (Faivre et Coulon, p. 373 ; Carpentier, t. I, p. 391 ; Vraye et Gode, t. II, p. 248). Le motif de leur décision était le désir de soustraire aux tribunaux des questions d'un intérêt purement moral. Mais aucune raison juridique sérieuse ne pouvait être invoquée en faveur de leur opinion. C'est qu'en effet, après le divorce, il n'y a plus, en droit, aucune raison pour donner au père plutôt qu'à la mère un droit de préférence.

La loi du 20 juin 1896 avait fait cesser ces incertitudes. Elle ne reconnaissait pas au père un droit supérieur à celui de la mère.

« S'il y a dissentiment entre des parents divorcés ou séparés de corps, dit l'art. 152, le consentement de celui des époux au profit duquel le divorce ou la séparation de corps aura été prononcé et qui aura obtenu la garde de l'enfant, suffira. »

Ainsi était prépondérant l'avis de l'époux qui, ayant obtenu le divorce à son profit, s'était vu confier la garde de l'enfant.

Mais quid, lorsque le divorce avait été prononcé aux torts réciproques ou que la garde avait été confiée à celui qui n'avait pas obtenu le divorce à son profit ? L'intervention des tribunaux devenait nécessaire.

La loi du 25 juin 1907 a consacré cette intervention. D'après elle, en effet, l'époux qui consent au mariage, citera son ex-conjoint à comparaître en personne devant le tribunal, en Chambre du conseil, pour y exposer les motifs de son refus. Cette disposition a ceci de bon que les parties comparaissent en personne, et que le tribunal peut être édifié de façon plus utile, et, en second lieu, que les débats n'ont pas lieu en public ; seul le jugement est rendu à l'audience.

Néanmoins, la loi de 1907 n'est pas encore parfaite, car l'intervention des tribunaux dans des questions de ce genre n'est pas une solution heureuse. MM. Viraye et Gode, dans leur ouvrage sur le divorce, antérieur à la loi de 1896, s'exprimaient ainsi à ce sujet (t. II, p. 248) : « Conçoit-on le tribunal écoutant discuter devant lui les mérites physiques, moraux ou pécuniaires de l'homme ou de la femme que l'enfant songe à épouser, et donner, par jugement, son consentement au mariage. »

Aussi proposaient-ils de maintenir au père un avis prépondérant, bien que leur opinion fût qu'après le divorce, la puissance paternelle appartient aux deux époux conjointement.

Cependant, le système adopté par la loi du 25 juin 1907, nous paraît préférable, parce que dans l'espèce, la question qu'il s'agit de trancher est bien moins de savoir quels sont les mérites physiques ou pécuniaires du fiancé ou de la fiancée, que de savoir si le motif du refus n'est pas l'animosité de l'ancien conjoint mécontent.

Administration légale. — On a vu que l'art. 373 a soulevé une difficulté d'interprétation. Il en a été de même de l'ancien art. 389, ainsi conçu : « Le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs. » D'autre part, le Code réglait l'administration des biens des mineurs une fois le mariage dissous par la mort de l'un des époux, mais il ignorait le cas où le mariage était rompu par le divorce. Devait-on, dès lors, continuer d'appliquer les règles de l'administration légale ? Mais alors, n'était-ce pas violer la loi qui a bien soin de spécifier que l'administration légale a lieu « durant le mariage. » Ou bien fallait-il décider d'appliquer les règles de la tutelle ? Mais sur quoi fonder une telle décision ? On préféra ne tenir aucun compte des mots « durant le mariage », de l'art. 389, et on décida que l'administration légale devait continuer de fonctionner, même après le divorce.

Mais à qui l'administration devait-elle être confiée ? Nouvelle source de controverses.

Certains auteurs (Aubry et Rau, 5^e éd., t. I, § 123, p. 787 ; Demolombe, t. IV, N^o 512, p. 584) voulaient qu'on joignit l'administration légale au droit de garde. « Il me semble, disait Demolombe, qu'il n'y a là qu'une question de résidence et de simple garde. Il y eut en ce sens de nombreuses décisions (Seine, 4 mai 1895, D., 97, 2, 23 ; Seine, 25 nov. 1896, D., 97, 2, 277 ; Paris, 15 déc. 1886, S., 88, 2, 217 ; Paris, 14 juin 1901, D., 1907, 2, 313.

M. de Loyne a repoussé cette opinion. Il estime que la

garde et l'administration légale sont deux droits essentiellement distincts, et son argumentation est fort judicieuse : « Nous ne voyons pas de motif pour enlever l'administration légale au père qui a obtenu le divorce et qui conserve son droit de jouissance, parce que l'intérêt des enfants a déterminé le juge, à raison des circonstances, par exemple, à raison de leur bas âge, à en confier la garde à la mère. » Et plus loin : « Les décisions relatives à la garde des enfants sont essentiellement provisoires : elles peuvent toujours être modifiées par le juge suivant les circonstances. Or, il nous paraît impossible que l'administration légale soit exposée à toutes ces fluctuations. Elle doit être inspirée par un esprit de suite ; il est donc nécessaire qu'elle demeure dans les mêmes mains. » Le vice de l'opinion combattue par M. de Loynes, est donc cette sorte de déchéance qu'est la privation de l'administration légale, encourue par un homme auquel on n'a rien à reprocher, et ensuite et surtout le caractère provisoire des décisions relatives au droit de garde.

D'autres décisions ont uni l'administration légale et la jouissance légale. C'est ainsi au plus digne qu'échoit l'administration, et, autre avantage, l'usufruitier conserve l'administration des biens soumis à son usufruit (Grenoble, 24 juill. 1900, D., 1901, 2, 121). Ce système est très supérieur au précédent, mais alors que décider au cas où le divorce a été prononcé aux torts réciproques des deux époux ?

Enfin, Laurent (Laurent, III, N° 352) a soutenu que le

père devrait toujours conserver l'administration légale, que le divorce ait ou non été prononcé contre lui, et que la garde des enfants lui ait été confiée ou ait été attribuée à la mère.

Cette doctrine a été suivie par Vraye et Gode (Vraye et Gode, II, N° 755).

La loi du 8 avril 1910 a mis fin à ces controverses en décidant que le divorce laisse subsister l'administration légale, et que cette administration « appartient à celui des époux auquel est confiée la garde de l'enfant, s'il n'en est autrement ordonné. »

M. le sénateur Legrand s'exprimait ainsi dans son rapport au sujet de cette règle introduite par la commission du Sénat dans la rédaction de la proposition Adigard : « Il y avait, en outre, lieu de prévoir ce qui se passerait en cas de divorce ; la solution la plus naturelle et la plus logique nous a semblé être de réunir, en principe, entre les mains de la même personne la garde de l'enfant et l'administration de ses biens ; mais, comme il pourrait se présenter des cas où cette réunion ne serait pas possible ou facile, ou ne serait pas dans l'intérêt de l'enfant, nous avons réservé la faculté, au profit de l'époux qui n'aurait pas la garde de l'enfant, de se faire, s'il y a lieu, attribuer judiciairement l'administration » (Rapport de M. Legrand, p. 11). C'est, en somme, l'adoption de la théorie d'Aubry et Rau et de Demolombe, avec tous les inconvénients qu'elle présente. Mais, du moins, la question est tranchée.

En principe, la mère exercera l'administration légale

lorsque la garde de son enfant lui aura été confiée. Par exception, en cas d'incapacité notoire, par exemple, bien que gardienne de son enfant, elle peut être privée de l'administration légale. Inversement, l'administration légale pourra lui être dévolue par le tribunal bien que la garde soit confiée au père. La loi laisse au juge toute liberté d'appréciation pour prendre à ce sujet telle décision qu'il jugera utile dans l'intérêt de l'enfant. La loi ne prévoit pas le cas où la mère, chargée par le jugement de divorce, de l'administration légale, se remarie. On doit décider qu'elle continuera à gérer ces biens puisque la loi ne lui retire pas expressément ses pouvoirs. Cette solution est d'ailleurs conforme à l'esprit du législateur moderne qui ne voit plus avec défaveur les seconds mariages. Pourtant il y a lieu de craindre que le second mari ne profite de la faiblesse de la femme pour se substituer à elle et s'emparer des biens des enfants. Si ce danger se produisait, les parents ou le ministère public demanderaient au tribunal d'enlever à la mère l'administration.

Tout ce que nous venons de dire pour le divorce, s'applique pour la séparation de corps.

Jouissance légale. — Pendant le mariage, l'usufruit légal profite au ménage. Mais le mari, chef de la famille, dispose comme bon lui semble, des revenus de ses enfants.

Après le divorce, le législateur n'ayant plus de raison de conserver au père son droit prépondérant dans la famille, a déclaré déchu de la jouissance légale l'époux à la charge duquel sont les torts, et dans l'art. 386 du Code

civil, il a décidé que « cette jouissance n'aurait pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce aurait été prononcé. »

Si le divorce a été prononcé au profit du mari, il demeurera seul titulaire de la jouissance légale. Si, au contraire, le divorce a été prononcé aux torts et griefs de ce dernier, la jouissance légale appartiendra de plein droit à la femme, l'art. 386 est formel.

CHAPITRE VI

DROITS DE LA MÈRE NATURELLE

§ 1. — Puissance paternelle.

Les droits de la mère sur ses enfants naturels résultent actuellement de la loi du 2 juillet 1907, qui a modifié les art. 383, 384, 389 et 442 du Code civil.

Le nouvel art. 383 pose le principe suivant : « La puissance paternelle sur les enfants est régie comme celle relative aux enfants légitimes. » Mais, aux termes dudit article, la puissance paternelle n'existe que sur les enfants naturels légalement reconnus, c'est la reconnaissance qui, créant le lien juridique de filiation, entraîne le droit de puissance paternelle.

Le premier alinéa du nouvel art. 383 détermine celui des père et mère naturels auquel est confié l'exercice de la puissance paternelle. Il distingue quatre hypothèses :

1° Si l'enfant a été reconnu par un seul de ses auteurs, c'est celui qui l'a reconnu, que ce soit le père ou la mère qui est investi de la puissance paternelle ;

2° S'il a été reconnu simultanément par le père et la

mère, la puissance paternelle, par assimilation au cas de filiation légitime, appartient au père ;

3° Si l'enfant a été reconnu par le père et la mère à des époques différentes, celui qui l'a reconnu le premier, exerce seul la puissance paternelle ;

4° Enfin, en cas de prédécès de celui des parents auquel appartient la puissance paternelle, le survivant en est investi de plein droit.

Remarquons tout d'abord que la puissance paternelle, pour la filiation naturelle comme pour la filiation légitime, appartient collectivement aux deux parents. Le nouvel art. 383 n'en vise que l'exercice.

Sauf en cas de reconnaissance simultanée, le législateur place le père et la mère sur le pied d'égalité. « Il n'a pas paru juste, dit en effet le rapport de M. Chastenet, à la Chambre des députés (*J. off.* du 27 mars 1907, annexe N° 907, p. 2), de dépouiller de la puissance paternelle la mère qui avait la première rempli ses devoirs, lorsque le père n'avait reconnu l'enfant qu'après elle. » En outre, l'intérêt de l'enfant commande de laisser la puissance paternelle à celui qui a le premier témoigné sa sollicitude et son affection.

En cas de reconnaissance par le père et la mère, comme en cas de reconnaissance par un seul d'entre eux, l'exercice de la puissance paternelle appartient de plein droit à celui des parents auquel l'attribue le premier alinéa du nouvel art. 383. Toutefois, le droit qui lui est ainsi conféré est révocable et n'a rien d'absolu, car le second alinéa du

même article autorise le tribunal, « si l'intérêt de l'enfant l'exige, à confier la puissance paternelle à celui des parents qui n'en est pas investi par la loi. M. Girard, rapporteur de la Commission, citait comme exemple « le cas où le père ne présenterait pas toutes les garanties de moralité qu'on est en droit d'exiger. » Le tribunal pourrait alors attribuer la puissance paternelle à la mère. Il est certain, par analogie, que si la mère, après avoir reconnu l'enfant la première, ne méritait pas la confiance du législateur, le tribunal serait autorisé à reporter sur le père les droits de la puissance paternelle. Mais, en réalité, le tribunal ne doit pas être considéré comme investi de la faculté de choisir celui des parents qui lui paraît le mieux qualifié pour exercer la puissance paternelle : son droit consiste uniquement « si l'intérêt de l'enfant l'exige », non seulement dans l'hypothèse indiquée par M. Girard, mais encore dans toute autre circonstance analogue, à transférer la puissance paternelle du père à la mère, ou inversement. La liberté d'appréciation des juges semble devoir être moins grande ici qu'au cas de divorce ; le pouvoir exercé par le tribunal équivaut plutôt, en quelque sorte, au pouvoir de déchéance réglé par la loi du 24 juillet 1889.

Lorsque le père, qui exerce la puissance paternelle, est réduit à l'impossibilité légale, morale ou physique, de continuer ses fonctions, l'autorité passe à la mère. En effet, le nouvel art. 383 n'établit aucune distinction entre le père et la mère, sauf pour le cas de reconnaissance simultanée ; et le droit accordé au tribunal de confier, « si l'intérêt de

l'enfant l'exige », la puissance paternelle à celui des parents qui n'en est pas investi par la loi, vient corroborer notre conclusion.

Le mariage de la mère de l'enfant reconnu avec un autre que le père de cet enfant, ne modifiera en rien l'exercice du droit de puissance paternelle dont elle pourrait être investie.

Attributs de la puissance paternelle. — En principe, les attributs de la puissance paternelle sur la personne et sur les biens de l'enfant naturel sont les mêmes que ceux de la puissance paternelle en cas de filiation légitime. « Le projet, dit le rapport de M. Chastenet, à la Chambre des députés, assimile la puissance paternelle sur les enfants naturels reconnus à celle qui existe sur les enfants légitimes, sauf en ce qui concerne l'administration légale. » Nous allons passer successivement en revue les divers attributs de la puissance paternelle.

Obligation alimentaire. — Avant la promulgation de la loi du 2 juillet 1907 la jurisprudence et la doctrine étaient déjà d'accord pour admettre que la mère naturelle était fondée à réclamer des aliments à son enfant reconnu. L'extension de la puissance paternelle à la filiation naturelle a consacré cette opinion d'une façon définitive.

Droit d'éducation et de garde. — L'ancien art. 383 du Code civil investissait formellement le père et la mère du droit de correction sur leurs enfants légalement reconnus. On en concluait que le droit de correction entraînait pour eux le droit d'entretien et d'éducation. L'art. 383, il est

vrai, ne renvoyait expressément ni à l'art. 372, ni à l'art. 203 ; mais la doctrine ne voyait pas dans cet argument une objection décisive (Aubry et Rau, 4^e éd., t. VI, § 571, p. 210 et 212). Si un doute a pu exister sur ce point, il est dissipé par la nouvelle rédaction de l'art. 383, d'après laquelle « la puissance paternelle sur les enfants est régie comme celle relative aux enfants légitimes. »

La mère naturelle qui exerce la puissance paternelle, a, comme le père ou la mère légitime, le droit de forcer son enfant reconnu à rester chez elle ou dans tout établissement d'instruction ou maison d'apprentissage qu'elle a choisi, et d'exercer sur cet enfant, sur ses relations et sur sa correspondance une surveillance active ; elle a à sa disposition, pour ramener l'enfant à la maison ou à l'établissement qu'il a déserté, les mêmes moyens d'action que le père ou la mère légitime.

Droit de correction. — La mère peut exercer sur l'enfant naturel reconnu, le droit de correction de la même manière et dans les mêmes conditions que s'il était légitime. Toutefois, lorsque la mère sera mariée avec un autre que le père de l'enfant, nous ne pensons pas que l'art. 381 soit applicable. Il y a une analogie complète entre le cas que nous envisageons et celui de la mère légitime remariée, et la loi devrait protéger l'enfant dans ces deux cas. Mais la condition de l'art. 381 serait impossible à remplir puisque, en dehors de ses père et mère qui l'ont reconnu, l'enfant naturel ne peut avoir de famille.

Consentement au mariage. — Aux termes de l'art. 158

du Code civil, modifié par la loi du 21 juin 1907, le consentement de la mère au mariage de son enfant naturel sera nécessaire et suffisant si elle a seule reconnu l'enfant, et c'est à elle seule que doit être, au besoin, notifié le projet de mariage. Mais si l'enfant a également été reconnu par son père, le consentement de ce dernier est également requis, bien qu'il n'exerce par la puissance paternelle, et la notification du mariage, si elle est nécessaire, devra lui être faite. En cas de dissentiment entre les parents, le consentement du père suffit.

Droit d'émancipation. — La mère qui exerce la puissance paternelle, a le droit d'émanciper l'enfant naturel reconnu par son père et sa mère. Mais le père peut, s'il y a lieu, attaquer en justice l'émancipation, comme contraire à l'intérêt de l'enfant qu'il a lui-même reconnu.

Jouissance légale. — D'après la jurisprudence et la doctrine, les père et mère n'avaient pas, sous l'empire du Code civil, le droit de jouissance légale sur les biens de leurs enfants naturels (Caen, 22 mars 1860 ; S., 60, 2, 610 ; Aubry et Rau, 4^e éd., t. VII, § 571). Le nouvel art. 384 attribue expressément, au contraire, à « celui des père et mère qui exerce la puissance paternelle, la jouissance légale des biens de son enfant reconnu. » « Il a paru juste, dit le rapport de M. Chastenet, à la Chambre des députés, qu'en donnant aux parents naturels les mêmes charges qu'aux parents légitimes, on leur donnât les mêmes droits. »

Aux termes du nouvel art. 389, la mère naturelle n'aura

droit à la jouissance légale qu'à partir de la nomination du subrogé-tuteur, si cette nomination n'a pas eu lieu dans les trois mois de la reconnaissance de l'enfant. Par suite, lorsque l'enfant naturel possédera des biens au moment de la reconnaissance, la mère qui l'aura reconnu n'aura pas *ipso facto* la jouissance légale de ces biens ; elle devra faire nommer un subrogé-tuteur par le tribunal compétent, et c'est seulement à compter du jour de cette nomination qu'elle bénéficiera de l'usufruit légal ; toutefois, si la nomination du subrogé-tuteur a lieu dans les trois mois de la reconnaissance de l'enfant, la jouissance légale de la mère rétroagira au jour de la reconnaissance.

Sauf l'exception relative au point de départ de son usufruit légal, la mère naturelle exerce son droit de jouissance de la même manière et dans les mêmes conditions que la mère légitime.

§ 2. — Tutelle.

L'idée de l'administration légale est inséparable de l'idée de mariage. Il ne saurait donc, dans ces conditions, être question d'administration légale sur les biens des enfants naturels, la loi du 2 juillet 1907 a organisé la tutelle de ces derniers.

La mère exercera la tutelle de son enfant naturel dans tous les cas où elle sera investie de la puissance paternelle, d'après les règles que nous avons données.

Aux termes de l'art. 394 du Code civil, « la mère n'est

point tenue d'adopter la tutelle. » Mais, dit l'exposé des motifs du projet de loi présenté au Sénat le 29 décembre 1901, par M. Monis, Garde des sceaux (*J. off.* 30 nov. 1901, annexe N° 429, p. 430), « il a paru nécessaire et conforme à l'intérêt de l'enfant, de ne pas laisser la mère naturelle libre d'accepter ou de refuser la tutelle. L'enfant légitime, dont la mère n'a pas cru devoir être tutrice, pourra, en effet, avoir un tuteur offrant toutes les garanties d'affection et de désintéressement ; mais si la mère naturelle a seule reconnu l'enfant, un étranger à cet enfant pourra-t-il vraiment la remplacer ? » Aussi, l'avant dernier alinéa du nouvel art. 389, déclare toutes les dispositions du titre « de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation », applicables à la tutelle des enfants naturels, à l'exception, notamment, de l'art. 394. La mère est donc, comme le père, tenue d'accepter la tutelle dont la loi l'investit, sauf, bien entendu, le droit pour elle de présenter les causes d'excuses que la loi lui permet d'invoquer.

Dans le cas où la mère, tutrice légale de son enfant, vient à se remarier avec un autre que le père de l'enfant, nous pensons qu'elle conserve de plein droit la tutelle, et n'a pas à se conformer aux prescriptions des art. 395 et 396 du Code civil. Ces articles visent, en effet, le cas exclusif du convol en secondes noces de la mère légitime ; l'application en doit être restreinte au cas qu'ils prévoient. Le mariage ne fait d'ailleurs pas perdre la puissance paternelle à la mère ; il ne doit donc pas lui enlever la tutelle, qui en forme un des attributs.

L'art. 391 du Code civil accorde au père, tuteur légal de son enfant légitime, la faculté de « nommer à la mère survivante et tutrice, un conseil spécial, sans l'avis duquel elle ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle. » Cette disposition ne nous semble pas de nature à être appliquée à la tutelle des enfants naturels, car « le père d'un enfant naturel n'a aucune autorité légale à exercer sur la mère de cet enfant (Aubry et Rau, 4^e éd., t. VI, § 571, p. 273, note 14).

La femme mariée peut, d'après la grande majorité de la doctrine, sans l'autorisation de son mari ou de justice, reconnaître l'enfant naturel qu'elle aurait eu avant son mariage. Par l'effet de la reconnaissance, elle devient tutrice légale de l'enfant. Mais l'autorisation de son mari ou l'autorisation du tribunal lui est nécessaire pour la validité des actes qu'elle fait ou qu'elle passe comme tutrice : la tutelle ne l'affranchit pas de l'incapacité que lui inflige le Code civil.

Nous pensons d'ailleurs que le mari de la femme devient co-tuteur, parce que la tutelle des enfants naturels est assimilée à la tutelle des enfants légitimes.

Tutelle testamentaire. — La mère, si elle a seule reconnu l'enfant, ou si elle meurt la dernière, en cas de reconnaissance également par le père, a le droit de choisir un tuteur à son enfant naturel, par testament. « Il ne paraît pas y avoir d'objection, disait M. Chastenet, dans son rapport, à élever contre le droit du dernier mourant des père et mère qui était investi de la tutelle au moment de son

décès, de choisir un tuteur à son enfant naturel, comme peuvent le faire les père ou mère légitimes. » La mère conserve ce droit, pensons-nous, même si elle se marie avec un autre que le père, et les art. 399 et 400 du Code civil ne doivent pas être appliqués.

Enfants adultérins et incestueux. — L'art. 335 du Code civil prohibe la reconnaissance « des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin. » La reconnaissance de ces enfants ne peut intervenir que comme préliminaire de la légitimation. Par suite, la mère n'a aucun droit sur ces enfants.

Droit de succession. — La mère naturelle n'est appelée à la succession de son enfant qu'autant que celui-ci est mort sans laisser aucune postérité légitime ou naturelle. Ce droit de succession est subordonné à la reconnaissance volontaire ou judiciaire, et cette reconnaissance peut, dans ce but, intervenir après la mort de l'enfant.

La mère a droit à toute la succession si elle a seule reconnu l'enfant, sinon elle n'en prend que la moitié (art. 765).

Avant la loi du 25 mars 1896, la mère naturelle, ainsi que le père, étaient classés parmi les successeurs irréguliers. Elle est maintenant héritière légitime, et a, en cette qualité, la saisine.

La mère, dans l'art. 765, n'est appelée à recueillir que la succession de son enfant décédé sans postérité. Elle n'a, par suite, aucun droit sur les successions laissées par les enfants ou descendants légitimes de son enfant naturel,

bien que ceux-ci lui succèdent. « C'est là une lacune évidente de la loi, dit M. Planiol (*Droit civil*, t. III, N° 1854), car les droits de succession sont ordinairement réciproques, et il est fâcheux que les Chambres de 1896 ne l'aient pas comblée : mais l'interprète ne peut pas créer de droits de succession fondés sur un simple argument d'analogie ou par raison d'équité : il faudrait un texte. »

La mère n'a droit à aucune réserve dans la succession de son enfant naturel.

CONCLUSION

Tels sont, à l'heure actuelle, les droits de la mère sur ses enfants. Nous sommes obligés de constater que, sur ce point, notre législation a fait peu de progrès et que la situation de la mère est, au début du xx^{e} siècle, sauf quelques rares modifications, ce qu'elle était au temps de Pothier. Pendant le mariage, la femme continue d'être désarmée devant le mari, on ne lui reconnaît pas le droit d'élever la voix pour défendre ses enfants. Son intervention apparaît seulement au moment de l'adoption et du mariage de ces derniers. Encore ne lui demande-t-on son consentement au mariage que par pure courtoisie, puisque l'avis du père est prédominant. Parfois, nous l'avons vu, la jurisprudence, émue d'une telle situation, a cru devoir sanctionner son autorité, mais ses décisions sont manifestement contraires aux textes du Code. Certes, nous ne désirons pas voir adopter par le Parlement, la proposition de loi de M. René Besnard, qui accorde à la mère, sur l'enfant, des droits égaux à ceux du père. Ce serait introduire l'anarchie dans la famille. Mais nous pensons qu'il serait de l'intérêt de l'enfant d'exiger le concours des époux pour des mesures graves, telles que la possibilité d'engager l'enfant

comme mousse, de le placer en apprentissage ou, surtout, de le faire enfermer dans une maison de correction. De même, nous voudrions qu'on ne permit pas à un enfant de se marier contre le gré de sa mère. C'est, en effet, à ce moment surtout que, « livré sans défense à la passion qui s'empare de son cœur, vivant de désirs, exagérant ses espérances, s'aveuglant sur les obstacles », ainsi que le disait au corps législatif le conseiller d'Etat Réal, l'enfant a besoin d'être protégé et défendu contre lui-même. Et qui, mieux que sa mère, saura veiller sur lui ?

Du moins, dans les ménages unis, la mère, par son influence sur son mari, exerce une autorité très effective sur les enfants. Mais lorsque la mésintelligence se glisse entre les époux et lorsque ceux-ci en arrivent à rompre la vie commune et à vivre en état de séparation de fait, les droits de la mère sont complètement sacrifiés, et, avec eux, l'intérêt des enfants. C'est que la loi ignore cette situation qui est malheureusement fréquente et le deviendra peut-être plus encore. Bien des femmes, en effet, hésiteront dorénavant à demander la séparation de corps, de crainte de voir, au bout de trois ans, cette séparation se transformer en divorce. Il est donc urgent de combler cette lacune, en étendant à la séparation de fait, dûment constatée, les dispositions concernant la puissance paternelle, inscrites au titre du divorce.

Nous avons signalé aussi la situation très défavorable faite à la mère par la loi du 24 juillet 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle. Il y a là une réforme qui s'im-

pose. La déchéance du père doit faire passer intacte et de plein droit entre les mains de la mère, la puissance paternelle.

Souhaitons enfin de voir affranchi des restrictions qui l'entourent, l'exercice de la puissance paternelle par la mère. Pourquoi exiger le concours de deux parents pour demander l'incarcération de l'enfant ? Ce dernier n'est-il pas suffisamment protégé par l'intervention de la justice, et la colère d'une mère n'est-elle pas moins à craindre que la colère d'un père ? Pourquoi encore, décider que la mère qui se remarie sans avoir, au préalable, réuni le conseil de famille de ses enfants, perd de plein droit la tutelle ? Le plus souvent, l'omission de cette formalité est due à l'ignorance de la loi ; la sanction est sévère et combien inutile.

La loi du 22 février 1906, qui a conservé à la mère remariée la jouissance légale des biens de ses enfants mineurs, a marqué un premier pas dans cette voie de réformes ; nous voulons espérer que le législateur n'hésitera pas à s'y avancer plus avant, et accordera enfin à la mère les prérogatives dont elle n'aurait jamais dû être privée.

Vu :

Le Président de la Thèse,
CHÉNON.

Vu :

Le Doyen,
CAUWÈS.

Vu et permis d'imprimer :

Pr Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
INTRODUCTION. — Aperçu historique.....	1
CHAPITRE I. — Droits de la mère sur ses enfants durant ce mariage.....	5
CHAPITRE II. — Puissance paternelle exercée par la mère durant ce mariage.....	29
CHAPITRE III. — Séparation de fait. — Droits de la mère.....	57
CHAPITRE IV. — Droits de la mère après la mort de son mari....	67
CHAPITRE V. — Droits de la mère pendant l'instance et après le jugement de divorce.....	91
CHAPITRE VI. — Droits de la mère naturelle.....	115
CONCLUSIONS.....	127

